

# 「権利ドグマティック」の可能性：基本権侵害を理由とする法律による規律の要求の意義と限界

山 田 哲 史

1. はじめに
2. 前提知識：ドイツ法における捜査活動統制の基本枠組
3. 情報収集等の活動がもたらす法益侵害をめぐるドイツの議論
  - 3.1. 情報自己決定権
    - 3.1.1. 国勢調査判決以前の議論
    - 3.1.2. 国勢調査判決
    - 3.1.3. 国勢調査判決以後の展開とまとめ
  - 3.2. IT 基本権
    - 3.2.1. オンライン搜索判決の概要
    - 3.2.2. 検討
  - 3.3. まとめ：ドイツにおける「侵害法益論」から見えてくるもの
4. 補論：「侵害」概念の現代的意義
5. おわりに

## 1. はじめに

2017年3月15日の最高裁判所大法廷判決は、いわゆる装着型のGPS捜査について、その実施にあたって令状が必要とされる、強制処分であると位置付けた<sup>(1)</sup>。その際、最高裁は、GPS捜査が「憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」であることを理由に、強制処分（刑事訴訟法197条1項但書）に該当することを基礎付けている。これは、強制処分の意義についての近時

四  
四  
四

(1) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁。以下、この判決をGPS大法廷判決と呼ぶことがある。

の有力説、あるいは通説とも目される、いわゆる重要権利侵害説<sup>(2)</sup>にかなり親和的な立場を示した<sup>(3)</sup>と評価することができる。重要な権利への該当性の判断のあり方において、たしかに、従来の具体的状況に依存した強制処分該当性の基礎づけに比して、権利、とりわけ憲法上の権利に引きつける形をとったことにより、判断構造の明確性の点において改善が見られる<sup>(4)</sup>。しかし、具体的な重要な権利侵害の基礎づけについては、内外の様々な議論の「パッチワーク」のような性格が否めず、必ずしも判然としないところがあるのも確かである<sup>(5)</sup>。このような無理をしてまで、(重要な)権利の侵害を基礎づけ、法律による、捜査活動等の規制を導こうとする手法に対して、稲谷龍彦は、捜査活動に法律による規制すなわち、立法者による統制が要求されるか否かを判断するにあたって、権利侵害という要素は、間接的な指標に過ぎないのであり、これに拘泥して無理な議論を重ねるよりは、経済学的分析も盛り込みながら、直接、(裁判所ではなく、)立法者による統制が必要な場面を明らかにするべきだという批判的見解を示している<sup>(6)</sup>。

(2) 例えば、井上正仁『強制捜査と任意捜査(新版)』(有斐閣、2014年)12頁、酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015年)29頁などを参照。

(3) 伊藤雅人=石田寿一「判解」ジュリスト1507号(2017年)110-111頁参照。ただし、重要な権利侵害が強制処分と認められる要件であると明示されたわけではなく、強制処分と認められるにたる十分条件として位置づけられているという読解も不可能ではない。憲法上の権利であることにも言及している点で、後者のように解する余地も大きいように思われる。

なお、ここで登場する、「侵害」は、ドイツ語のEingriffの訳語であるが、近時の憲法学説においては、正当化されない侵害(Verletzung)と区別し、正当化の余地のある、Eingriffについて、「介入」や「制限」という訳語を当てる場合が多くなっている。筆者も基本的にそのような立場に賛成しているが、本稿では、判例や行政法、刑事法の学説において、Eingriffに該当する場合に「侵害」の語が与えられることも多く、それを元にした用語法が人口に膾炙していることにも鑑みて、原則として「侵害」の語を用いることにする。

(4) 笹倉宏紀ほか「強制・任意・プライバシー[続]」法律時報90巻1号(2018年)60頁[山本龍彦発言]などを参照。

(5) この点については、とりわけ、山本龍彦「GPS捜査違法判決というアポリア？」論究ジュリスト22号(2017年)148-152頁を参照。

(6) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』(弘文堂、2017年)44頁以下、笹倉ほか・前掲註(4)68頁[稲谷龍彦発言]。また、権利侵害による基礎づけを模索する山本龍彦の稲谷に対する応答として、笹倉ほか・同上68頁[山本発言]などを参照。

これに対して、本稿筆者は、ある捜査活動が立法による特別な規律を要求するものに該当するか否かの判断を裁判所が行うことを考慮すると、裁判所が使い慣れた、「権利」という枠組みを利用しておいた方が、裁判所の判断を容易にし、また、事後的な検証も可能とする余地が大きいのではないかという観点から、なお権利の侵害の存在によって法律による規律を要求する「権利ドグマーティク」<sup>(7)</sup>陣営に身を置くことを、一応は選択している<sup>(8)</sup>。しかし、「権利ドグマーティク」がなお有用かつ適切なアプローチであるかは、一度改めて検討を行ってみる必要がある。そこで、連邦憲法裁判所によって「権利ドグマーティク」が有力に推進されていると目されるドイツの状況について、とりわけ従来とは異なる権利侵害の登場が説かれる情報収集・保存・利用活動の場面を題材に、検討してみようというのが、本稿の狙いである。

## 2. 前提知識：ドイツ法における捜査活動統制の基本枠組

本稿は、捜査活動によるものに限定せず、国家による情報収集・保存・利用活動に対する規律のあり方を、権利侵害論を中心に検討するものである。それでも、話題の中核をしめる、ドイツ法における捜査活動統制の基本的枠組について我が国との類似性あるいは相違を含めて知っておくことは、議論の理解にとって助けとなろう。そこで、以下では簡潔にこれを確認しておくことにしよう。

捜査活動の統制については、主として刑事訴訟法典 (Strafprozeßordnung [StPO]; 以下、独刑訴法、あるいは、ドイツのものであると文脈上わかる場合には単に刑訴法と呼ぶ) を通じて行われるが、旧稿でもすでに触れたように、その161条1項<sup>(9)</sup>と163条1項<sup>(10)</sup>が、それぞれ、検察官と警察 (署と警察官)

(7) 「権利ドグマーティク」という用語の本稿における意味づけについては、笹倉ほか・同上59頁以下にしたがっている。

(8) 笹倉ほか・同上78頁の山田発言参照。

(9) 仮訳 (本稿におけるドイツ刑訴法の条文の翻訳は、法務省大臣官房司法部編『ド

に、一般的な捜査権限を付与しており、一定の範囲の軽微な権利侵害についても、捜査機関にその実施を授権する規範（一般的授権規定）であると理解されている<sup>(11)</sup>。これに対して、この一般的授権規定で根拠づけられない、重大な権利侵害を伴ういわゆる強制処分（Zwangsmaßnahmen<sup>(12)</sup>）については、個別の授権規定が規定されている<sup>(13)</sup>し、また、それが要求されることになる。そして、ドイツ法の特徴として、技術的手段を用いた住居の聴覚的監視に限定されるものではあるが、憲法レベルで詳細な捜査活動の規律が行われていることをあげることができる。具体的にここでは、1998年の第45回基本法改正法律によって新たに設けられた、ドイツ連邦共和国基本法（以下、単に基本法とする）13条3項ないし6項のことを想定している。確かに、日本国憲法の刑事手続関連規定も、比較法的に見たとき、そして、他の基本権条項と比べたとき、かなり詳細な規定となっている。しかし、日本国憲法の33条や35条も、実体的な要件については定めておらず、裁判官による事前の令状審査という手続要件の存在を抽象的に規定するにとどまっている。対し

『ドイツ刑事訴訟法典』（法曹会、2001年）〔松尾浩也ほかが翻訳担当〕を参考にした）は、以下の通りである。「161条1項 160条1項ないし3項〔訳注：公訴提起に向けた事実究明等が検察官の職務として規定される〕の目的を達するため、検察官は、公務所に照会して報告を求め、また、法律上他に特段の定めのない限り、全ての捜査上の処分（Ermittlungen jeder Art）を自ら行い、または警察署もしくは警察官に行わせる権限を有する（ist befugt）。警察署または警察官は、検察官の嘱託または請求に応じる義務を負う。」

(10) 仮訳は以下の通り。「163条1項 警察署または警察官は、犯罪を究明し、遅延の許されない処分は全てこれを行い、もって事件が混迷に陥るのを防止しなければならない。この目的を達するため、警察署または警察官は、公務所に照会して報告を要請し、遅滞のある場合にはこれを求め、また、法律上他に特段の定めのない限り、全ての捜査上の処分を行う権限を有する。」

(11) 拙稿「強制処分法定主義の憲法的意義」公法研究77号（2015年）228頁。Siehe z.B. BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17.2. 2009, 2 BvR 1372, 1745/07, NJW 2009, S.1405 (S.1407); BGHSt 51, 211 (218f.); C. Roxin / B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. neu bearbeitete Aufl., 2014, S.316 Rn.23.

(12) この用語については、個別授権規定を必要とする基本権侵害を伴うものに限定されるのか、一般的授権規定で足りるものを含めた基本権侵害一般をさすのか必ずしも明確ではないところがある。

(13) 具体的内容は、邦語文献では、金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』（法律文化社、2015年）164頁以下〔辻本典史執筆部分〕がある。また、目的や関係者、関連法益、権限内容などをまとめた一覧表として、例えば、Roxin / Schünemann, ebd., S.236の表を参照。

て、基本法13条3項ないし6項では、実体的な要件についても具体的に定めているほか、手続要件についても、事前審査を行う裁判体の構成、緊急を要する場合などの例外的規律について詳細な規定をおいている<sup>(14)</sup>。これが法形式の濫用になっていないかは、別途論じうるところかもしれないが、かなり詳細な要件設定が憲法改正権者に留保されていることを意味する。我が国においては、少なくとも従来は憲法改正の方途が事実上封じられてきたという事情があるが、捜査統制の主体として、憲法改正権者という選択肢があることを改めて確認させてくれるという点で、我が国に対する示唆を得ることもできよう。

次に、先ほどの一般的授權規定と個別的授權規定の区別に関する説明からも示唆されるところであるが、捜査活動の規制の有り様については、権利、とりわけ基本権の侵害がその設定、区別の指標として機能しているということが指摘できる。ある捜査活動によって侵害される権利、基本権を特定した上で、法律上の個別の授權規定の必要性、十分性が問われる構造<sup>(15)</sup>は、侵害

(14) なお、刑訴法にも、住居の聴覚的監視についての規定(100 a 条ないし100 j 条)が設けられており、基本法のみで規律が行われているわけではない。また、基本法規定を含む、住居の聴覚的監視についての諸規定については、2004年に連邦憲法裁判所のいわゆる「大盗聴 (Großer Lauschangriff)」判決 (BVerfGE 109, 279) が下されており、この判決では、当時の刑訴法規定の一部が違憲とされたほか、基本法13条3項という憲法規定の憲法適合的解釈や一部違憲判断がなされたことも注目された。この判決については、邦語では、平松毅「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年) 320頁以下などを参照。

(15) 既存の授權規範と思しき規定の規律内容の十分性が問われるのは、すでに存在する法律を逸脱した授權を見出していないかという意味で、法律の優位の問題に整理することも可能であろう。また、規律密度の問題は、量的な問題と整理することが一応可能であるが、問題となっている基本権侵害にとって質的に見合うものになっているかどうかという問題(個別の事案ごとの狭い意味での均衡要求としての比例原則ではなく、一般的レベルでの比例原則[同様の区別を法定立における比例性と法適用における比例性として整理するものとして、G. Ress, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht, in: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, 1985, S.24ff.])との区別は相対的であることにも注意しておく必要がある。これに関連して、基本法下において、立法者も基本権に拘束されることを通じて、形式的な法律の留保原則は、比例性の要求を満たした法律による留保という実質的なものとなったことを指摘するものとして、B. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S.459f. などがある。さらに、隠密裏に行

留保説的な法律の留保原則理解を彷彿とさせるものがある<sup>(16)</sup>。そして、個別の授權規定が必要なだけの重要・重大な権利侵害が存在するかが問われる姿は、我が国の強制処分法定主義についての重要権利侵害説の枠組みの——どちらが正像で鏡像かはさておき——鏡像と言っても良い。

ところで、捜査活動統制の場面においては、一般的に法律の留保原則の判例・通説であるとされる本質性理論の文法で議論がなされていない（ように見受けられる）のは、なぜだろうか。これについては、次のような三つの可能性を指摘できるだろう。つまり、まず、住居の聴覚的監視は措いても、捜査活動によって侵害される可能性の高い基本権について、比較的詳細な規制要件を伴う特別な法律の留保規定を基本法が設けており<sup>(17)</sup>、そのような基本権の侵害が生じないかをまずは検討することが必要であるということである。次に、捜査活動においては、多くの場合、基本的に権利侵害が生じるのであり、そこで生じる権利、基本権侵害が注目されるのは当然である。そして、本質性理論に従っても、本質性判断の重要な指標として、基本権関連性がある<sup>(18)</sup>。そうすれば、基本権関連性の中でも最もわかりやすい基準である基本権侵害の有無をまず問うことは、故のないことではない。最後に、先に述べたように、ドイツにおいて、現状、一般的授權規定が存在しており、目下の関心は、個別授權規定の要否、あるいは、個別授權規定と思しき規定が存在する場合は、その充分性に注がれることになる。本質性理論のもとで侵害留保説が一定の規律密度が要求される範囲をあぶり出す基準として機能する可能性がある<sup>(19)</sup>が、捜査活動統制の場面で、侵害留保説的な法律の留保理

われる刑事捜査活動の規律を検討する文脈で、Schlink の当該論文などを引きつつ、比例原則を法律の留保原則の一内容と整理するものとして、T.A. Bode, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012, S.207 u. 223も参照。

(16) ただし、規律が十分なものとなっているかという規律密度の問題を扱っているという点では、むしろ本質性理論と一致が見られる。なお、実際の議論の詳細は、別稿で扱うことを予定している。

(17) 基本法10条2項（通信の秘密）、11条2項（移動の自由）、13条7項（住居の不可侵）などを参照。

(18) 拙稿「本質性理論再考」行政法研究26号（2018年）127-130頁などを参照。

(19) 拙稿・同上118頁註62参照。もっとも、そこでも述べたように、本質性理論が一定の規



解が展開されているように見受けられるのは、まさに、規律密度指標の一つとして侵害留保説（的発想）が機能している場面だということではないだろうか<sup>(20)</sup>。また、以上の整理を踏まえた上で、我が国の重要権利侵害説と写し鏡になっていることを裏返して考えれば、我が国においても、刑訴法197条1項本文を一般的授權規定とみて、強制処分法定主義が一定の規律密度を伴う個別授權規定を要求する趣旨であると考えられる可能性が示唆されるわけである<sup>(21)</sup>。

### 3. 情報収集等の活動がもたらす法益侵害をめぐるドイツの議論

先に述べたように、捜査活動をはじめとする、刑事手続において侵害が問題となる法益は、憲法上明文で保障される基本権である場合が多く<sup>(22)</sup>、また、刑事手続を主に想定した、人身の自由の剥奪について、基本法はその104条に特別の条項をおいているほどである。しかし、住居などの物理的な特定領域や伝統的に特別な秘密保護が成立してきた通信、有体物に必ずしも結びつかない情報、とりわけ個々人の私的な情報について、基本法はその保護に関する明文規定を持たない。他方で、情報・通信技術が日進月歩で発展を重ねている現代において、一般論としても、私的情報は憲法的な保護に値しな

---

律密度を要求するものではなく、スライディング・スケールである以上、侵害留保説にいう侵害に当たったところで、求められる規律密度は千差万別となり、最低限の閾値をあぶり出すのであればともかく、積極的にかつ具体的に要求される規律密度を割り出す場合、指標としての意義は限られる。

(20) 前註の記述に拘らず、ここでは、一般的授權規定で足りるかという、閾値が問題となっているため、一定の意義が認められるのである。

(21) 拙稿・前掲註(11)228頁、宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号(1999年)10頁参照。ただし、このような見立ての妥当性自体を問い直しうることについては拙稿・前掲註(8)111-112頁を参照。

(22) 例えば、身柄拘束等が人身の自由（基本法2条2項第2文）や移動の自由（基本法11条1項）、血液採取やレントゲン撮影が身体の不可侵（基本法2条2項第1文）、押収などの物的証拠保全が財産権（基本法14条1項）、家宅捜索や住居の聴覚的監視は住居の不可侵（基本法13条1項）、通信の傍受や信書の押収は、信書・通信の秘密（基本法10条1項）、仮の職業禁止が職業選択の自由（基本法12条1項）といった形である。この点については、Roxin / Schünemann (Anm. 11), S.229 Rn.3と、おそらくこれを参考にしてまとめたものと解される、金ほか・前掲註(3)161頁を参照。

ということとは難しい。また、捜査活動、刑事手続についていえば、情報通信技術の進歩は、犯罪手段としてのその進化も意味しており、それに十分対応した捜査手法の開発もまた要請されるわけであり、情報の適切な保護と犯罪予防、鎮圧の双方をバランスよく実現するような捜査活動統制が必要になろう<sup>(23)</sup>。このような状況の下で、連邦憲法裁判所<sup>(24)</sup>が構築した基本権概念が、情報自己決定権である。以下では、この情報自己決定権を発展させるような形で、連邦憲法裁判所が最近新たに創出した、IT 基本権などと呼ばれる基本権構想<sup>(25)</sup>も合わせて、これらの基本権構想の性質や、これらの基本権構想が国家による情報収集等に対する規制にあたり果たす機能について検討していくことにする。

### 3.1. 情報自己決定権

#### 3.1.1. 国勢調査判決以前の議論

情報自己決定権の概念を確立させ、その後の立法、学説の展開に大きな影響を与えた国勢調査判決<sup>(26)</sup>であるが、情報の取り扱いをめぐる議論は、この判決以前からも論じられてきた。国勢調査判決の意義を浮き彫りにするため

(23) このような問題は、ドイツのみで生じているわけではない。18世紀末に制定された修正4条によって捜査活動の統制を行う、アメリカ合衆国においては、これと比べると新しい憲法典を有し、憲法改正も比較的容易かつ頻繁に行われるドイツ以上に、対応に困難を伴うものである。アメリカにおける議論について、本稿筆者が論じたものとして、拙稿「第5章プライバシー権と刑事手続」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』（成文堂、2016年）131頁以下〔拙稿（米国）〕がある。なお、我が国においても、いわゆるプライバシー権を憲法13条によって保障される基本権として整理し、その侵害に対してどのような統制がなされるべきかを、少なくとも学説は論じてきた。これに対して、GPS 大法廷判決は、憲法35条の実体的保障内容としての住居の不可侵、さらにはその背景にあるプライバシー権に焦点を当て、その侵害を主題化した。この点については、本稿の「1. はじめに」でも少し触れたほか、拙稿「GPS 捜査と憲法」法学セミナー752号（2017年）28-29頁〔拙稿（法セミ）〕、山本・前掲註(5)148-152頁、笹倉ほか・前掲註(4)63頁なども参照。

(24) BVerfGE 65, 1 (41ff.)。なお、国勢調査判決は、その名の通り、国勢調査が問題となっており、捜査活動が問題となったものではない。

(25) Siehe BVerfGE 120, 274 (313ff. Rn.201ff.)。

(26) なお、のちにも少し詳しく見ることになるが、この判決自体は、捜査活動の規律に関係するものではなく、その名の通り、国勢調査における国家の情報収集、保管、活用が



にも、まずは、国勢調査判決以前の議論状況を簡単に確認しておこう。

私法の分野において、一般条項的性格を持ち、外縁が必ずしもはっきりとしない、一般的人格権の欠点を克服し、個別具体的な事案における利益衡量の指標となるべく考えられた「領域理論 (Sphärentheorie)」は、公法、憲法の領域においても、比較的初期から連邦憲法裁判所の判例によって展開されてきた<sup>(27)</sup>。学説においても、夙に、1960年の時点において Evers が連邦憲法裁判所の判例の中に、のちに領域理論と呼ばれる傾向があることも指摘しつつ、これによる一般的人格権の整理を試みた<sup>(28)</sup>。

領域理論の整理を巡ってはその詳細について、様々な見解がある<sup>(29)</sup>が、基本法1条1項において人間の尊厳が不可侵とされていることや、19条2項において、基本権の本質的内容の不可侵が規定されていることから、まず、国家の介入が全く排除される一定の領域が予定されているという<sup>(30)</sup>。これが、核心・内密領域である<sup>(31)</sup>。そして、その周縁に、社会的関連性を理由に、核心・内密領域とは異なり、比例原則の適用による国家と個人の利害の衡量が許容される私的領域が形成されることになる。ただし、この私的領域においては、比例原則は厳格に適用されなくてはならない<sup>(32)</sup>。さらに、その周縁には、保護が最も希薄な社会公共的領域が想定され、ここでは比例原則も緩やかにしか適用されないという<sup>(33)</sup>。情報についても、この3つの領域のいずれ

---

問題となったものである。

(27) *Siehe* z.B. BVerfGE 5, 85 (200); 6, 32 (41); 6, 55 (81); 6, 389 (433). Auch *H.-U. Evers*, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960, S.56f.

(28) *Evers*, ebd. Evers の議論については、島田茂『警察法の理論と法治主義』(信山社, 2017年) 164-167頁に詳しい検討がある。国勢調査判決以降の展開を含めた、ドイツにおける「領域理論」に関する邦語文献として、根森健「人格権の保護と『領域理論』の現在」時岡弘先生古稀記念論文集刊行会編『人権と憲法裁判』(成文堂, 1992年) 75頁以下なども参照。

(29) 根森・同上86-87頁、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社, 2013年) 294頁註50などを参照。

(30) *Siehe* z.B. BVerfGE 6, 55 (81); 6, 389 (433); 27, 1 (6); 54, 143 (146).

(31) *R. Scholz*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, AöR Bd.100, 1975, S.288.

(32) Ebd.

(33) Ebd. なお、社会公共的領域を私的領域保護の基本権の保護範囲外とする見解 (z.B. *J.*

において獲得するののかによって、その要保護性も区別され、少なくとも<sup>(34)</sup>，前二者の領域における情報獲得は、私的領域の保護に関する一般的人格権という基本権侵害を構成するという議論が展開されるわけである<sup>(35)</sup>。

そして、以上のような領域理論は、基本的に、一般的人格権としての情報保護を自由権、防御権として整理している。ただし、この見解は、一定の領域で情報が保護されなければならない理由を必ずしも十分に、あるいは、積極的に説明していないように見受けられる。例えば、情報自体の保護に目を向けるのであれば、情報の重要性が情報の存在する、あるいは獲得される領域の性格という代理変数によって判断されることとなり、情報の要保護性の判断にズレが生じる可能性を持っている<sup>(36)</sup>。これは、公的領域に該当した場合には、基本的に要保護性が否定されるということの帰結としての問題性の裏返しでもある<sup>(37)</sup>。また、主に情報取得の問題しか把握できず、その保存、処理について視野に収めることが難しいのではないかという疑義も呈することができよう。さらに、これは区別を内包するいかなる議論にも生じる問題であるが、それぞれの領域の区別が相対的であり不明確だという問題も存在している<sup>(38)</sup>。

Schwan は、領域理論の上記のような問題点も指摘しつつ<sup>(39)</sup>、関係者の承

*Aulehner*, 10 Jahre »Volkszählungs«-Urteil, *Computer u. Recht* 1993, S.453) も有力であることについて、玉蟲・前掲註29/294頁註50を参照。

(34) ここでは、社会公共的領域を保護範囲外とみる見解を意識している。

(35) *Siehe E. Schwan*, *Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte*, *VerwArch* Bd.66, 1975, S.147. 島田・前掲註28/165頁は、Evers の議論が、基本権の「侵害」への該当性に、特に関心を払ったものであるとしている。しかし、本稿筆者の見たところ、少なくとも、正面から侵害該当性を主題化しているわけではなく、行政の法律適合性原則に従い、要保護性の強さに対応した、根拠等の明確性が要求されるとするに止まっているように思われる。*Siehe Evers* (Anm. 27), S.51f.

(36) ただし、逆に、本来保護されるべきは、データや情報ではなく、人間であり、その人間のプライバシー (Privatheit) であるということもできよう (*K. Rogall*, *Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht*, 1992, S.32)。それでも、領域に着目した場合であっても、人間やそのプライバシーと完全に対応しているわけではないことに注意する必要はあろう。

(37) *Siehe ebd.*, S.34.

(38) *Siehe z.B. M. Kloepfer*, *Datenschutz als Grundrecht*, 1980, S.29.

(39) *Schwan* (Anm. 35), S.147ff.

諾がない以上は、個人に係する情報の入手も、その情報の第三者への引き渡しも、侵害留保説にいうところの、「自由と財産の侵害」、そして、自由権への侵害にも該当し、法律の留保の対象であるという<sup>(40)</sup>。この Schwan の議論は、情報（全部）留保説などと呼ばれている<sup>(41)</sup>。ただし、なぜそのような包括的な個人情報保護を認める必要があるのかについて積極的な説明を欠いている<sup>(42)</sup>などとして、支持は得られなかった<sup>(43)</sup>。

もっとも、このような他の論者による Schwan 説の評価には疑問がないわけではない。すなわち、確かに、個人情報の取り扱いがなぜ包括的な法律の留保のもとにおかれるのか、その説明は必ずしも明確に行われているわけではない。しかし、自由権としての個別の具体的権利内容を説明するにあたって、時には、反対説に対応する形を取りつつも、要保護性を基礎付ける議論は展開しているのである。具体的には、連邦憲法裁判所の先例において、自己の「人格表現の自由な処理<sup>(44)</sup>」についての権利が認められてきたことや、学説において「自身の生活データに関する自己決定権<sup>(45)</sup>」といったものが認

(40) Ebd., S.125f. なお、島田・前掲註28)161頁以下は、Schwan の理論を補完するものとして、領域理論を挙げており、時系列的にも Schwan の理論が領域理論に先行しているかのような誤解を与えうる——もちろん、島田自身はそのような記載はしていない——が、むしろ、領域理論の方が時間的に先行するものであることに注意しておく必要がある。

(41) Rogall (Anm. 36), S.30.

(42) Siehe z.B. B. Schlink, Die Amtshilfe, 1982, S.193 Fn.67.

(43) 島田・前掲註28)162-163頁や、Rogall (Anm. 36), S.31 [ただし、Rogall 自身は、刑法161条・163条が存在することにより、見かけほどにラディカルな見解ではないと擁護する]を参照。また、Kloepfer (Anm. 38), S.22や K. Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S.118 [なお、同書123頁は、Schwan の議論は、基本法2条1項の本質的内容にも合致しないという]は、国家による情報の取り扱い全般が侵害 Eingriff と言えるだけの強度をもつものとは言い難いと指摘しており、島田・同上160, 162頁と同様の問題意識を述べている。

(44) BVerfGE 35, 202 (220).

(45) ここでは、連邦データ保護法の制定にあたって、連邦議会に提出された鑑定書 (Gutachten) である、W. Steimüller, Gutachten im Auftrage des Bundesministeriums des Innern, BT-druck VI/3826, S.87f., 94, 116, 147が引用されており、引用文献の該当箇所では、自己像の設定に当たり、周囲に自己情報のうちどのような情報を提示するかといったことを決定する権利が基本法2条1項により保障される旨述べられている。

められてきたことを引き合いに、情報収集を拒む自由があることを基礎付けている<sup>(46)</sup>。また、自己決定権からは、当初の収集の場合に行った承諾外の第三者への情報の引き渡しについても、自己決定権への侵害となることから、原則として認められず、正当化を要することを導いている<sup>(47)</sup>。また、Schwan は公衆に開かれた場所から収集可能な情報の収集についても、いわゆるモザイク理論<sup>(48)</sup>を援用することによって、承諾がない以上は権利侵害を基礎付けるのだとしていることも注目される<sup>(49)</sup>。このように、自己決定権に関心を払いつつ、包括的な個人情報の保護を基礎付ける Schwan の議論は、結論の先取りとはなるが、包括的な情報自己決定権を打ち立てるという意味において、国勢調査判決につながる議論であったと整理できるように思われる。

Schwan はあくまで、自由権、防御権としての情報権の議論にとどまっていたのであるが、これに対して、データの保護 (Datenschutz) には、自由権、防御権としての側面<sup>(50)</sup>があるだけではないということを強調したのが、Kloepfer であった。彼は、情報の取得だけでなく、情報の保持、そして処理といったものを視野に入れることの必要性を強調し、情報化社会において、

(46) Schwan (Anm. 35), S.131.

(47) Ebd., S.135f.

(48) それ自体としては重要性の低い個別の情報が集積されることにより、私的生活、人間像の全体像がモザイク画よろしく描き出される可能性を指摘し、個別の情報収集、保存、処理についてもプライバシー等への侵害を認めようという議論 (siehe D. Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1980, S.203) である。Schwan は、ここで、W. Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, S.241ff. の「モザイク理論」を引用している。Siehe auch S. Simitis, Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung, NJW 1971, S.676.

なお、モザイク理論は、近時アメリカにおいても展開されており (アメリカにおけるモザイク理論について、本稿筆者が簡潔に触れたものとして、さしあたり、拙稿 (米国)・前掲註<sup>23</sup>144頁以下を挙げておく)、GPS 大法廷判決もこれを意識したと思われるところがある。なお、この点については、本稿筆者も、拙稿 (法セミ)・前掲註<sup>23</sup>31-32頁註12ですでに少し述べたことがある。

(49) Schwan (Anm. 35), S.133.

(50) もっとも、この側面については、Kloepfer (Anm. 38), S.22ff. でも紙面を割いている。なお、ここでは、主に、自由権、防御権としての保護を引き出すためには、国家行為によって私人に、侵害 (Eingriff) か、侵害と同等の負荷が課されることが要求されることが指摘されている。

国家・私人間のみならず、私人相互間におけるデータ保護が大きな問題となるとして、客観的法制度の整備の問題も生じてくるとした<sup>(51)</sup>。そして、对国家の関係においても、給付請求権<sup>(52)</sup>、社会権<sup>(53)</sup>、そして積極的な参加権としてのデータ保護を視野におさめていく必要性を指摘したのである<sup>(54)</sup>。そして、Kloepfer は、こういった権利内容は、個別の側面ごとに、基本権規定<sup>(55)</sup>など、現状(1980年当時)の基本法規定によって基礎付けることも不可能ではないとしつつ<sup>(56)</sup>、それらを包括するデータ保護基本権という概念を提示することによる、法政策上の効果を強調するのである<sup>(57)</sup>。これも、やはり議論の先取りの感があるが、以上のような Kloepfer の構想は、国勢調査判決、そしてその後の議論の展開につながっていくものであると評価できよう。

### 3.1.2. 国勢調査判決

続いて、いよいよ、連邦憲法裁判所の国勢調査判決<sup>(58)</sup>と、そこで展開された情報自己決定権について見ていくことにしよう。

#### 3.1.2.1. 事案の概要

事案の概要をまずは簡単に確認しておくと、1983年、連邦政府は、前年に

(51) Ebd., S.32ff.

(52) Ebd., S.34f. なお、ここでは、直接的な給付請求権を認めることは難しいが、周縁的な、扶助や代償を求める権利を導出することは可能であるという。

(53) Ebd., S.35f. 基本的に否定的であるが、私人間のデータ管理への一定の規律確保の指導原理として、社会権としてのデータ保護権の援用の可能性には触れる。ただし、最終的に、これを社会権として構成するかどうかは政治的な決定に委ねられるべきだとする。

(54) Ebd., S.36f. さしあたっては、データと保護と積極的な参加権との関係性は薄いとしている。

(55) ここでは、基本法1条1項、2条1項、4条、5条1項、8条、9条、140条で基本法の構成要素とされる、ヴァイマル憲法136条3項などの基本権規定のほか、国家構造に関する諸原理も挙げられている。

(56) *Kloepfer* (Anm. 38), S.45.

(57) Ebd., S.46ff.

(58) 邦語による紹介、検討については、以下で適宜引用する。ここで引用できなかったものについても、引用文献における紹介を参照。ここでは、さしあたり、近時の詳細な検討である、高橋和広「情報自己決定権に関する一考察」六甲台論集法学政治篇59巻1号(2012年)77頁以下をあげておく。

制定された、1983年国勢調査法に基づいて、氏名、住所、電話番号、性別、職業、学歴、家計の状況、暖房装置の種類などを含む、建物・住居状況、事業所の状況など、調査事項が多岐にわたる、全国規模の包括的国勢調査を実施しようとした。これに対して、市民による激しい反対運動が展開され、憲法異議が申し立てられた。連邦憲法裁判所は、これを受けて、国勢調査実施を差止める仮命令を出した上で、同年12月15日に本案判決を出した<sup>(59)</sup>。判決の詳細は、邦語でもすでに多数の紹介があるので、ここでは、本稿の関心に関わる限度で、すなわち、情報自己決定権の承認とその内容の設定を中心に、本案判決の判示内容を紹介し、簡単な検討を加えることにする。

### 3.1.2.2. 判旨

連邦憲法裁判所第一法廷は、信教の自由や住居の不可侵、意見表明の自由といった個別の基本権条項の違反を否定した上で、基本法1条1項に結びつけられた同法2条1項によって保護される、一般的人格権<sup>(60)</sup>を主たる検討対象に位置付けた。自由な社会の一員として、自由な自己決定の下活動する人間の、価値と尊厳が、基本法の下での秩序の中心に据えられるとする判決は、現代における発展やそれに伴って生じる新たな人格性への危険との関係で、一般的人格権は、上記のような人間としての価値と尊厳の保障にあたって、重要な意義を持つとする。そして、これまで、自己決定について言及してきた先例<sup>(61)</sup>をあげつつ、一般的人格権を具体化したものとして、いつ、どの限度で、人としての生活状況を公開するのか原則として自身で決定する権限が個人にあるのだという<sup>(62)</sup>。さらに、このような権限は、現代（1983年当時）、

(59) 以上の詳しい経緯については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）96-109頁を参照。また、判決の内容についても、同書110頁以下が詳細な紹介と検討を行っており、本稿の以下の検討にあたっても適宜参照した。

(60) 「基本法1条1項に結びつけられた同法2条1項により保護される」というのは、基本法2条1項から、主観的権利としての性格が導かれ、1条1項の人間の尊厳からそれに関わる人格に関わる保障内容を獲得するということを意味している。*Siehe D. Murswiek, Art.2, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2011, S.127, Rn.63.*

(61) ここでは、BVerfGE 54, 148 (155); 27, 1 (6); 27, 344 (350f.); 32, 373 (379); 35, 202 (220); 44, 353 (372f.) が引かれている。

(62) BVerfGE 65, 1 (42)。なお、ここでは、BVerfGE 56, 37 (41ff.); 63, 131 (142f.) の参照が求



そして将来において、自動でデータ処理がなされる状況のもとでは、特別な保護が必要となる。すなわち、特に統合的な情報システムの構築を通じて、自動のデータ処理により、特定の、あるいは特定可能な個人の、人的・物的双方に関係する事項が、瞬時に集積、保存されてしまい、関係者が、その情報の正確性や利用について十分なコントロールができないままに全体的な人格像が編み出されてしまうというのである<sup>(63)</sup>。これはいわゆるモザイク理論<sup>(64)</sup>を思わせる言明であるが、連邦憲法裁判所はさらに続ける。つまり、このような情報の集積、活用がなされてしまう現代において、個人が自身の情報がどのように扱われるのか予測を立てることは困難となってしまうので、例えば、集会への参加を控えるなど、他の基本権の行使に影響を与え、ひいては自由で民主的な社会構成の基盤をも害しかねないのだという<sup>(65)</sup>。ここでは、いわゆる萎縮効果論が語られているわけである<sup>(66)</sup>。こうして、判決は、自身の個人データを他者に委ね、また利用するについて、原則として自身で決定する個人の権限を、一般的人格権が保障していると結論づけている。これが、情報自己決定権と呼ばれる権利である<sup>(67)</sup>。

他方で、裁判所は、個人に関係する情報についても、情報とは、当事者によって排他的に形成できるものではない、社会現実の中での自己像(似姿; Abbild)を構築するのであり、この情報自己決定権が無制約に保障されるものではない<sup>(68)</sup>として、その制約可能性の検討に移る。ここで判決は、情報自己決定権の制約にあたっては、根拠となる法律が必要であり、その法律から制約の前提条件や範囲が、明確に、かつ、市民に認識可能な形で導き出せ、

---

められている。

(63) BVerfGE 65, 1 (42).

(64) 前掲註(48)参照。

(65) BVerfGE 65, 1 (43).

(66) 萎縮効果 (abschreckender Effekt) という用語を明確に用いるものとして、BVerfGE 113, 29 (46)がある。併せて、小山剛「なぜ『情報自己決定権』か」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』(三省堂、2015年)328頁、333頁註20も参照。

(67) BVerfGE 65, 1 (43).

(68) BVerfGE 65, 1 (43f.).

それゆえに規範明確性という法治主義的要請に適合していることが要求されるのだという。加えて、その法律は、比例原則からの要請にも見合うことが求められる。さらに、上述した自動的な情報処理の問題性に鑑みると、立法者は、人格権の侵害を防止する、組織的、手続法的な予防措置について規定することも求められることになると付け加えている<sup>(69)</sup>。

ここで注意しなくてはいけないのが、ドイツ流の三段階審査において、本来、問題となる基本権の保護範囲が確定された上で、その制約（侵害：Eingriff）の存在が確認されなければならないはずである<sup>(70)</sup>が、その作業が少なくとも明示的には行われなまま、制約可能性、すなわち、制約の正当化の議論に移っていることである。確かに、具体的な正当化判断にあたり、情報自己決定権にとって侵害があることが当然のように示唆されていること<sup>(71)</sup>から、侵害の存在を認めているということは伺えるものの、その具体的な論証が見当たらないのである<sup>(72)</sup>。

こうして、具体的な正当化可能性の検討に移った判決は、情報自動処理という状況のもとでは、もはや「瑣末な（belanglos）」データというものは存在せず、情報がどれだけセンシブルなものであるかは、内密な事項（intime Vorgänge）に関わるかということだけではなく、当該情報の利用のあり方にかかっているものであり、つまり、どのような目的で情報の提供が求められるのか、他の情報とどのように結合され、利用される可能性があるのかに左右されるのだという<sup>(73)</sup>。連邦憲法裁判所のこのような説示を、いわゆる領域理論からの離脱であるとみる見解<sup>(74)</sup>も少なくない。前述のように、領域理論自

(69) BVerfGE 65, 1 (44).

(70) 松本・前掲註5924頁以下。併せて、小山・前掲註66328頁も参照。

(71) Siehe BVerfGE 65, 1 (45).

(72) 松本・前掲註59137頁以下を参照。

(73) BVerfGE 65, 1 (45).

(74) Siehe z.B. M.-E. Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, S.113f. [ただし、1989年の日記決定（BVerfGE 80, 367 [374]）での原則的な領域理論への回帰を説く（S.114）]; U. Mückenberger, Datenschutz als Verfassungsgebot, KJ 1984, S.7ff. この点について、邦語では、根森・前掲註2889頁以下、玉蟲・前掲註29294頁以下、松本・前掲註59134頁なども参照。

体、その具体的な内容が必ずしも明確ではないのであるが、仮に、領域理論を一定の私的な性格を持つ領域、それ自体の保護に重きをおく見解であると性格づけるのであれば、情報自体の要保護性を正面から主題化している、この言明との距離は確かに大きいし、判決の説示を情報のあり様と情報自体の要保護性が、自動的なデータ処理能力の向上という現代的事情によって、その関連性を失ったとする指摘だと理解することも可能であろう。ただし、情報の秘匿性のみに依存するわけではないというに止まるのであるから、文字通りの物理的な意味での領域とはともかく、情報の性質として、私的性格に着目して正当化の審査のありようを変化させることまで排除していないというべきであろう<sup>(75)</sup>。

情報収集の目的や結合・使用の可能性によって、制約の正当化の検討が区別されるべきであるという連邦憲法裁判所は、匿名化されていない個人情報と、統計上の使用目的で収集され、匿名化された個人情報とに分けて、正当化可能性を論じている。匿名化されない情報の収集は、特定の行政の執行を目的とするものであるとする判決によれば、特定の行政の執行をすべく、情報の提供を強制する場合には、立法者が情報の使用目的を、分野を特定しかつ詳細に決定しなくてはならないので、強制される情報の提供は、その目的に適合的かつ必要なものでなければならず、目的外の使用は禁止されるという<sup>(76)</sup>。連邦憲法裁判所は、さらに、教示義務、通知義務、消去義務を行政機関に課すことなどの手続法的な権利確保装置の確保が必要であり、独立のデ

(75) 領域理論の相対化を説く、Aulehner (Anm. 33), S.453なども参照。本稿の主たる関心からはそれるので、これ以上深入りしないが、ドイツにおける議論状況を含めて、玉蟲・同上294頁以下や、高橋・前掲註5885頁註34などを参照。なお、本文のような領域理論からの完全な撤退の否定にとどまらず、玉蟲・同上300頁以下は、領域理論では保護が不十分であった、社会公共的領域における情報保護に新たな根拠と視点を与えたのが、情報自己決定権論であり、領域理論による私的領域保護を否定するのではなく、それにプラスする議論であると捉えるべきだという積極的な議論を展開している。また、このような「プラスの議論」として捉える見解は、古典的プライバシー権と情報自己決定権が並存するという二元的構成（小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト1号（2012年）122頁）を採用することを意味しよう。

(76) BVerfGE 65, 1 (46).

ータ保護受託官を置くことも重要であるとした<sup>(77)</sup>。他方、統計目的での情報収集については、現代国家における統計の必要性などにも触れつつ、厳格な目的の限定は必要ないとし、ただし、統計目的とされる前提としての匿名化をきちんと行うことを要求する<sup>(78)</sup>。そして、これは、統計目的で収集された情報が匿名化される前に、行政の執行目的に転用されることは、情報自己決定権の正当化されざる侵害を構成することを意味するのである<sup>(79)</sup>。

こうして、具体的な1983年国勢調査法の規定内容の憲法適合性の審査に進んだ連邦憲法裁判所は、情報収集のシステムについては基本的に憲法適合的であるとした<sup>(80)</sup>のに対して、学術目的での情報利用行為を定めた国勢調査法9条4項については合憲とした<sup>(81)</sup>ものの、住民登録簿の訂正、連邦および州の上級官庁への情報伝達、ゲマインデへの情報伝達を認めた同法9条1項乃至3項については、許されざる目的外使用を認めた規定であるとして、違憲の判断を下した<sup>(82)</sup>。

### 3.1.2.3. 分析

ここで、国勢調査判決の、情報自己決定権に関する判示内容について、若干の分析を加えておくことにしよう。

まずは、情報自己決定権の基礎づけに関してである。連邦憲法裁判所が十分な基礎づけを欠くまま、情報自己決定権という新たな基本権を設定したという批判は一部で根強く聞かれる<sup>(83)</sup>。しかし、すでに本稿でも見たように、私的事項をめぐる自己決定権について、これに言及する先例は多く存在していたのであり、国勢調査判決自体、それらの先例に触れる形で、情報自己決定権の導出を行なっている<sup>(84)</sup>。したがって、確かに、「情報自己決定権」と

(77) BVerfGE 65, 1 (46).

(78) BVerfGE 65, 1 (47ff.).

(79) BVerfGE 65, 1 (51f.).

(80) BVerfGE 65, 1 (52ff.).

(81) BVerfGE 65, 1 (69f.).

(82) BVerfGE 65, 1 (63ff.).

(83) *Siehe z.B. Rogall* (Anm. 36), S.43.

(84) 前掲註(61)及び(62), ならびにこれらに対応する本文参照。

いうそれ自体新たな概念を打ち立てたものではあるが、それは、従来の判例の延長線上に位置付けられるものである<sup>(85)</sup>。

また、学説においては、一般的人格権の内容として、情報を含む私的領域の保護を主張する見解が一般的なものとなっていたし、さらには、データ保護基本権などネーミングは様々ではあっても、情報に関する自己決定をその射程に収めた基本権論が登場していた。本判決の情報自己決定権は、情報の収集、保存、利用の全場面を視野に入れ、公権力によるあらゆる情報処理行為を視野に入れうるものであるが、この点で、あらゆる情報処理を基本権の保護対象とした、Schwan の議論<sup>(86)</sup>との親和性を見いだすことができよう。もっとも、Schwan も情報処理に関する公権力の行為が全て、基本権侵害として法律の留保の対象となることについて、根拠薄弱であるとして批判を受けたところである。一部の論者からは、国勢調査判決が十分な基礎づけを行っていないと批判されていること<sup>(87)</sup>と、パラレルに考えることができるかもしれない。それでも、Schwan も、一般に指摘されるほどに要保護性を説明していなかったわけではないというのは、すでに述べた通りである。そこでは、Schwan によるモザイク理論の援用について言及した<sup>(88)</sup>が、本判決も、自動的な情報処理技術の発展を強調することにより、モザイク理論と親和的な議論を展開していること<sup>(89)</sup>を見逃すべきではないだろう。

ただし、基礎付けを図っていることと、それが成功しているかはまた別問題である。これも先に述べたように、本判決は、市民の活動を萎縮させることをもって、情報自己決定権の要保護性を基礎付けようとしているが、これ

(85) Z.B. S. Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung, NJW 1984, S.399; E. Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, KJ 1985, S.218. 邦語では、反対説の検討も含めて、松本・前掲註59137頁が詳しく論じている。

(86) Schwan の議論とその評価については、前掲註39乃至49と、これらに対応する本文参照。

(87) Z.B. Rogall (Anm. 36), S.41ff.

(88) 前掲註49及びこれに対応する本文参照。

(89) 掲註63及び64、ならびにこれらに対応する本文参照。

は裏を返せば、とりわけ情報が収集される時点では、なお、直接的な侵害は生じておらず、将来的、間接的な害悪発生の可能性が生じているにすぎないということの意味していることになる<sup>(90)</sup>。同様のことは、モザイク理論による基礎づけにも言えることである。すなわち、モザイク理論によって説かれる危険性は、結局、個別の情報収集それ自体については、侵害性が認められない可能性を認めているのである。モザイク片にあたる個別の情報の集積が、現代において、容易かつ迅速に行われてしまうこと、それが重大かつ不可逆的な侵害に繋がりうることを強調するモザイク論は、ある意味で、予防原則<sup>(91)</sup>の主張と整理し直すことも不可能ではない<sup>(92)</sup>。

(90) Siehe G. Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S.574ff. Britz は、情報の取得や利用の目的に関係なく、あらゆる情報取得・利用行為に正当化を認めており、具体的な危険の発生する前に、基本権保護を発動する狙いがあるのではないかと指摘するが、取り止めのない行動の自由の拡大を招き、また、法律の留保原則と結びつくことで、過剰な「法化」を呼ぶ危険性も指摘している。その上で、Britz は、センシティブな情報が対象となる場合や隠密裏の情報取得など一定の危険性が高い場合には例外的に具体的危険の発生前に正当化要求を認めるが、それ以外は、従来通り、「侵害」を要求することで対処すべきだという。この Britz の議論については、Britz が保護範囲の問題として取り扱っているのは、侵害の重大性の問題であり、正当化段階の比例原則についての審査において考慮されるべきことではないかという指摘も含めて、高橋和広「ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権の展開」六甲台論集法学政治学篇59巻2号（2013年）68-70頁も参照。さらに関連して、情報自己決定権に止まらず、データ保護一般の問題について、古典的な侵害概念に立ち戻り、古典的な侵害の存在を要求する一方、その場合には、正当化に際して厳格な要求を行うことが妥当であるとする、J. Masing, Gesetz und Gesetzesvorbehalt – zur Spannung von Theorie und Dogmatik am Beispiel des Datenschutzes, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S.491も参照。

(91) 予防原則とは、環境法分野で生まれた考え方であるが、損害の発生が生じる前に、その危険性が不確定、あるいは因果関係に不透明なものが残っていても、予測される損害の程度が重大である場合などには、損害発生の危険を事前に阻止するための一定の措置を講ずることを許容し、あるいは求める原則のことをいう。予防原則については、キャス・サンスティーン著（角松生史・内野美穂監訳、神戸大学 ELS プログラム訳）『恐怖の法則：予防原則を超えて』（勁草書房、2015年）などを参照。データ保護が、環境法におけるリスク配慮に似ることについて、Britz, ebd., S.595や K.-H. Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, S.53なども参照。

(92) BVerfGE 120, 274 (311f.) は、情報自己決定権の考え方は、人格に対する危殆化という漠然とした危険が存在するに止まる時点での基本権的保護を基礎付けるものであること



そして、これは、情報自己決定権の侵害が判決において明確に確認されておらず、当然の前提として扱われているということ<sup>(93)</sup>にも密接に関係している。つまり、情報自己決定権が上記のような、萎縮効果や、予防原則とも解しうるモザイク理論によって基礎付けられる以上、精確な意味での個人の主観的権利の侵害・介入は想定できるものではない<sup>(94)</sup>。逆に、擬制的な権利の侵害があったのだとするための装置として機能するのが情報自己決定権と解されるのである。

加えて、これに関連する形で、本判決が、あくまで情報自己決定権を防御権的に構成しているながら<sup>(95)</sup>も、組織的、手続法的な権利保護の仕組みを構築することを求めるなど、客観法的要請を含むものであるということも見逃してはならない。これには、Kloepfer が先に見たように、データ保護に関して、防御権的な基本権保護もさることながら、客観的な法制度整備も視野に収めていたこと<sup>(96)</sup>を彷彿とさせるものがある。さらに、本判決の具体的な正当化判断の場面を見てみると、主たる関心はむしろ、客観的な要請を満たす法制度が構築されているのかに注がれているようにも見受けられる。この点を重

---

を明示している。この点について、小山・前掲註66329-330頁を参照。

なお、小山は、科学技術の発展に伴う安全への脅威の拡大に対抗すべく、国家が事前にこれに配慮することが許容され、また、求められることになったが、その反面で、基本権の側でも、具体的な基本権への介入が行われる前に予防的な保護を確保する必要性が生じていることを指摘（小山剛「„im Rahmen des Rechtsstaates“ ——『法治国家の枠内において』」大沢秀介・小山剛編『自由と安全』（尚学社、2009年）236頁）し、これを理由に、情報自己決定権の承認を通じた、「前倒し」的基本権保障を正当化しようとしている（小山・前掲註66330-331頁）。

(93) 松本・前掲註59144頁、高橋・前掲註58104-105頁〔なお、高橋は、情報収集が罰則を伴う法的命令によって行われたという本件の特殊性に注目し、それゆえ、介入（Eingriff）の存在を当然視できたと指摘する。同旨、小山・前掲註66324頁〕。

(94) 関連して、情報自己決定権は、明確な輪郭線を伴う保護範囲を持つものではなく、結局、「データ保護論者」が、ある情報取得行為を許さないと考えるから、当該行為は侵害（Eingriff）として扱われることになるとしてもいいしかないとする、Ladeur (Anm. 91), S.52を参照。

(95) 一般に防御権を保障しているものと整理される基本法2条1項の一般的人格権（siehe z.B. Murswiek (Anm. 60), S.126, Rn.59）に根拠を求めていること自体、基本的に防御権たる性格を与えているということができよう。

(96) Kloepfer (Anm. 38), S.32f.

視するのであれば、情報自己決定権の実態は、主観的権利よりも客観的法としての機能にあり、国家による情報管理も現代において強く求められることを踏まえつつ、適切な制度を法律によって構築することを立法者に要求するものであるとみる余地があるだろう<sup>(97)</sup>。なお、ここでは、データ保護基本権概念の必要性を論じるに当たって、データ保護基本権の保護内容は、個別の基本権規定によって基礎付けることも不可能ではないが、それを包括するものとして、「データ保護基本権」という概念を構築し、ラベルとして扱うことには、政治的なインパクトがあり、立法等を促す効果があると、Kloepfer が論じていたこと<sup>(98)</sup>を再び想起する必要がある。本判決では、憲法異議の申立人が、個別基本権条項の違反も主張していたのであり、保護範囲の場面で多少アクロバットな手法をとる必要はあったかもしれないが、個別基本権条項で処理することも不可能ではなかったはずである。しかも、罰金の設定による、法的な強制が存在していた以上、侵害 (Eingriff) の問題はむしろ容易にクリアできたはずなのである。それでも、あえて情報自己決定権という新たな概念を登場させ、侵害の問題をうやむやにし、かつ、その実態として、客観的な制度構築を立法者に課したのは、情報化社会における情報監視の問題の重要性を十分に認識できず、全会一致で1983年国勢調査法を可決した立法者に対して責任を果たさせるための、連邦憲法裁判所の戦略だったとみることはできないだろうか。言い方を変えれば、時代の進歩に適合した、包括的な情報、データ保護システムの構築の必要性を連邦憲法裁判所が強く認識しており、その法整備を立法者に促したかったと見ることは不可能ではないだろう<sup>(99)</sup>。

これを、法律の留保原則、とりわけ、本質性理論によって理解したそれとの関係で整理し直せば、政治的重要性について、丁寧な指標のピックアップ

<sup>(97)</sup> この点に関連して、情報自己決定権論の下では、「個人情報」の適正な利用秩序の形成のために、どのような行為にどのような規制を加えるのが適切なのかという観点から機能論的に判断する」法律の留保論が展開されることになり、本質性理論との親和性を看取できるとする、島田・前掲註28174-175頁も参照。

<sup>(98)</sup> Kloepfer (Anm. 38), S.46.

<sup>(99)</sup> 情報自己決定権は、本質的に法律の留保の基礎付けのためにだけ機能しているとする、Rogall (Anm. 36), S.44も参照。

によってそれを基礎付ける必要が本来あるはずの場面において、新たな基本権概念の構築によって、議会留保を導いたということになろう<sup>(100)</sup>。しかも、本判決では、規範の明確性が明示的に問われるとともに、法律の内容が詳細に検討されていたが、本質性理論を規律密度の問題に純化させる本稿筆者の立場からすると、高い規律密度を求めた事案としても注目されることになる<sup>(101)</sup>。

### 3.1.3. 国勢調査判決以後の展開とまとめ

3.1.2. でみた、国勢調査判決によって提示された情報自己決定権は、学説において、少なくともその基本構造については概ね好意的に受け止められ<sup>(102)</sup>、その後の連邦憲法裁判所の判例においても定着し守備範囲も広げていった<sup>(103)</sup>。

(100) 連邦憲法裁判所による情報自己決定権の承認が、基本法上の問題へと「格上げ」するための方便ではないかとするものとして、高橋・前掲註58103-104頁がある。

また、逆の方向から、「一般的な法律の留保論」（ここでは、基本権侵害に着目する、侵害留保説型の法律の留保論をさすと思われる）によって、情報に関する一般の留保を導くことはできず、機能適合的な機構構造に注目して、議会による情報秩序形成義務の基礎付けと限界付けを検討すべきであるとする、Rogall (Anm. 36), S.54ff. も注目される。このような Rogall の見立ては、前掲註97で触れた、島田・前掲註98174-175頁の見立てとも親和的である。

(101) 小山剛「自由・テロ・安全」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』（成文堂、2006年）346頁などを参照。

もっとも、比例原則を通じた法律の内容の妥当性判断は、法律の留保とは一応区別できる、実質的な正当化の議論であるし、そもそも法律は存在するのであるから——法律の優位と法律の留保の差は、先に前掲註55でも述べたように相対的とはいえ——、法律の留保の守備範囲ではないとも言いうるのであり、規律密度に純化させた本質性理論を前提としても、どこまで、本質性理論の守備範囲とすべきかについては検討の余地がある。

(102) W. Hoffmann-Riem, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes –, AöR 1998, S.520. なお、連邦憲法裁判所の第二法廷においては、データ保護について、基本法2条1項を、財産権保護に関する同法14条と結びつけることで、データ保護基本権とでも呼ぶべき独自の概念が登場したこと（z.B. BVerfGE 77, 1 [46]; 84, 239 [279f.]. なお、ここでは、国勢調査判決も引用されている）、他方で、国勢調査判決を下した、第一法廷は、基本的にデータ保護についても、情報自己決定権の概念を用いる枠組みを用いたことなど、若干概念にブレや変容が生じていることについては、G. Duttge, Recht auf Datenschutz?, Der Staat Bd.36, 1997, S.285ff. を参照。

(103) Siehe z.B. U. Meyerholt, Vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Zensus 2011, DuD 2011, S.684; Murswiek (Anm. 60), S.129, Rn.73-73a. 判例と学説の展開

本稿でも、本来であれば、その詳細について丁寧に追っていくべきであろう。もっとも本稿は、情報自己決定権の実体的内容であるとか、その展開を詳細に検討することを目的とするものではなく、あくまで、法律の留保論の観点から、侵害法益として機能することになった、情報自己決定権のあらましを紹介することが、ここでさしあたって求められることである。そして、邦語文献でも、国勢調査判決以降の情報自己決定権論の判例及び学説における展開について詳細に紹介・検討をする、非常に優れた論稿がすでに公にされているところである<sup>(104)</sup>。そこで、屋上屋を重ね、蛇足を付す愚をあえて犯すのではなく、基本的には先行研究に拠りながら、本稿の関心に関係のある範囲で国勢調査判決以後の展開を簡単に確認しておくことにしたい。

国勢調査判決自体が、情報自己決定権の内容の精緻化については、以降の判例の展開に含みを残していたとされるが、高橋和広の分析によれば、先に指摘した、侵害 (Eingriff) の有無をいかに判断するのかという国勢調査判決が抱える問題は、その後の判例によっても必ずしも解消されることがなかった<sup>(105)</sup>。法的強制という明瞭な侵害を欠く、自動車ナンバーの自動的識別の間

---

一般について、G. Britz (Anm. 90), S.561ff [判例と学説に見かけほどの差異はないことを指摘するほか、情報自己決定権の保障というのは、内的・外的な人格形成など、様々な権利・法益の保護を基礎付けるための道具立て・副次的権利と位置付けられる (関連して、我が国における自己情報コントロール権をプライバシー権と同値の概念として扱うのではなく、様々な権利・自由を横断する形で情報処理について保障する権利と整理し、要保護性の判断は関連する権利・自由ごとに個別に考えるべきであるとする、土井真一「国家による個人の把握と憲法理論」公法研究75号 (2013年) 17-19頁も参照)、防御権としての情報自己決定権と、客観的な保護義務から構成されるなどと説明している]などを参照。

(104) 玉蟲・前掲註29303頁以下、高橋・前掲註9057頁以下、同「情報自己決定権論に関する一理論的考察」六甲台論集法学政治学篇60巻2号105頁以下 [高橋 (学説)] など。

(105) 高橋・前掲註9059頁。なお、高橋は、保護範囲の画定、介入の存否、介入の程度の問題は、その区別が相対的な面があり、判例の特定箇所がどのレベルの議論を展開しているのかは、論者によっても評価が別れると指摘する。そのため、ここでは、Ladeur (Anm. 91), S.49のような、判例のいう情報自己決定権の保護範囲が不確定であるという、学説の指摘も引用されている。

なお、情報自己決定権の文脈に限らず、侵害概念の変容について盛んに議論されているところである。これについては、「4. 補論」で簡潔に触れる予定であるが、ここでは、さしあたり、邦語文献の中から、松本・前掲註5924頁以下、小山剛「間接的ないし事実

題が争われた判決<sup>(106)</sup>の分析を通じて、高橋は、連邦憲法裁判所が情報自己決定権の保護範囲や侵害（高橋自身は「介入」の語を用いる）をどのように捉えているのかを探るのであるが、最終的に、彼が見出した結論は、明確な侵害を見いだせる場合も含めて、連邦憲法裁判所は情報自己決定論を客観法的に構成し、諸個人の主観的利益に解消されない客観法上の基本法秩序との適合性審査を展開しているということであった<sup>(107)</sup>。少し乱暴にまとめてしまえば、情報自己決定権は、客観的法原則としての側面を強く持っているということである。玉蟲にあっては、このような見立てが強調されることはあまりないのであるが、彼も、情報自己決定権の第三者関係での取り扱い、すなわち、日本風に言えば、私人間適用の問題に言及し、基本権保護義務との関係性や、客観的法秩序としての基本権論にも議論を及ぼしており<sup>(108)</sup>、これは、情報自己決定権の客観法的側面に着目したものであると評価することが可能である。さらに、高橋は、学説における情報自己決定権の分析の展開の中でも、客観法構成によって、情報自己決定権の性質、内容を説明するものがあり力化している状況と、客観法構成が問題の所在を正確に認識しているという点で正当な見立てであることも描き出している<sup>(109)</sup>。

なお、このような情報自己決定権の客観法的理解は、客観法的理解であるという限度においては、本稿が2.1.3.で、島田の論稿からも示唆を受けつつ、論じたところと重なっている。もっとも、本稿の見立ては、あくまで法整備の必要性から、立法を促すべく、主観的権利として法律の留保を要求す

---

上の基本権制約」法学新報120巻1・2号（2013年）155頁以下をあげておく。また、情報自己決定権ではなく、基本法10条1項の通信の秘密の侵害（Eingriff）についての文脈ではあるが、2010年の、通信履歴データ保存義務についての連邦憲法裁判所判決（BVerfGE 125, 260 [311]）が、国家によるデータの取得が行われる前の、第三者たる私人によってデータが取得、保存される段階で侵害を認めたことは異例なものであると批判的に指摘するものとして、*H.A. Wolff, Vorratdatenspeicherung – Der Gesetzgeber gefangen zwischen Europarecht und Verfassung?*, NVwZ 2012, S.752も併せて参照。

<sup>(106)</sup> BVerfGE 120, 379.

<sup>(107)</sup> 高橋・前掲註<sup>(90)</sup>107-109頁。

<sup>(108)</sup> 玉蟲・前掲註<sup>(29)</sup>315頁以下。

<sup>(109)</sup> 要約して述べる部分として、高橋（学説）・前掲註<sup>(90)</sup>166頁。

715 「権利ドグマティク」の可能性：基本権侵害を理由とする法律による規律の要求の意義と限界  
というものであり、ある種、民主政論、権力分立論へと跳躍してしまう——が、自由や自己決定という実体的問題は棚上げにするという意味で「跳躍」という比喩は必ずしも適切ではない——議論になっている。これに対して、高橋の議論は、客観的法の内容として、自由や自己決定を可能にする基本権の基盤のようなものを考える方向へと移っており<sup>(110)</sup>、広い意味での基本権論にとどまり、それに真剣に臨む、つまり、実体的問題に正面から取り組む議論である。高橋のいうように、法律の留保により立法者に対応義務が課されるとともに、広い立法裁量が認められることになる<sup>(111)</sup>が、高橋の展開する実体論はこの立法裁量を統制する枠組みとして機能するものであり、憲法学がこれに取り組むべきことは当然である。しかし、そのような作業はやはり本稿の範囲を超えるものであると言わざるを得ず、ここでは、情報自己決定権が多分に客観法的側面を持つものであり、純粋な意味での権利として、法律の留保を基礎づけるというよりも、機能論的、あるいは、民主政論的な方向から議会の責任を導出する側面を持っているということをさしあたり確認するに止めておきたい。

ところで、情報自己決定権の客観法的理解を有力に展開してきた論者の一人が Hoffmann-Riem<sup>(112)</sup>である。彼が連邦憲法裁判所判事として関与した、いわゆる、オンライン搜索判決<sup>(113)</sup>は、「情報技術システムの秘匿性と完全性に対する基本権」(IT 基本権などとも呼ばれる)という、主観的権利の体裁をあくまで維持しつつも、客観法的性格をかなり強く打ち出した基本権の概念を提示した<sup>(114)</sup>。客観法的な立法要請を主観的権利という形で基礎付けているのではないかという本稿の見立てからも、このより客観法的性格を有する「基本権」の登場は興味を惹かれるところであり、すでに検討を予告してい

<sup>(110)</sup> 高橋・前掲註90115-116頁；高橋（学説）・同上142頁以下。

<sup>(111)</sup> 高橋（学説）・同上166頁。

<sup>(112)</sup> Siehe z.B. Hoffmann-Riem (Anm. 102). 邦語では、高橋（学説）・同上120頁以下がこれを紹介・検討している。

<sup>(113)</sup> BVerfGE 120, 274.

<sup>(114)</sup> さしあたり、小山・前掲註66327頁を参照。



たところではあるが、客観法的性格という観点も踏まえて、項目を改めて検討を行うことにしたい。

### 3.2. IT 基本権

#### 3.2.1. オンライン搜索判決の概要

いわゆる IT 基本権の性格を分析するに先立って、その概念が提示された、オンライン創作判決の内容を、ここで問題となっている侵害法益に関わる範囲に限定して、確認しておくことにする<sup>(115)</sup>。

##### 3.2.1.1. 事案の概要

この判決は、ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法擁護法5条2項11号が、同州憲法擁護庁に、一定の機器を利用して情報技術システムに秘密裏に侵入して行う、インターネット上の秘匿的監視その他の偵察行為（Aufklärung）に授權したことの合憲性が争われた、憲法異議手続に関するものである。上記のようなインターネット上の偵察行為、とりわけ、インターネットを通じて、スパイウェア（「トロイの木馬」ソフト）を感染させ、コンピュータ内部の情報を確認、取得する行為が、俗に、オンライン搜索（Online-Durchsuchug）と呼ばれており<sup>(116)</sup>、その合憲性が争われたのであ

(115) 邦語による紹介等として、島田・前掲註28259頁以下〔初出、2013年〕、高橋和広「IT基本権論に関する一考察」六甲台論集61巻1・2号（2015年）39頁以下、藤原静雄「国家による個人の把握と行政法理論」公法研究75号（2013年）23頁以下〔とりわけ、37頁〕、平松毅「憲法擁護庁によるインターネットへの侵入・搜索の違憲性」大東ロージャーナル6号（2010年）95頁以下、石村修「ドイツーオンライン判決」大沢秀介・小山剛編『自由と安全』（尚学社、2009年）261頁以下、同「コンピュータ基本権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年）50頁以下〔石村（ド憲）〕、植松健一「連邦刑事庁（BKA）・ラスター操作・オンライン搜索(2)」島大法学53巻2号（2009年）1頁以下、アルプレヒト・レスラー（鈴木秀美・訳）「『オンライン搜索』についての連邦憲法裁判所判決」阪大法学58巻5号（2009年）293頁以下、小山剛「監視国家と法治国家」ジュリスト1356号（2008年）48頁以下、白藤博行「リスク社会下の警察行政」ジュリスト1356号（2008年）82頁以下〔特に、86-87頁〕などがある。とりわけ、高橋論文は、本判決について、詳細な紹介・検討を展開しており、本稿の記述も多くをこれによっている。

(116) もっとも、この行為は、物理的な人や物、空間を対象としている、刑法102条以下が規定する搜索（Durchsuchung）の定義にはあてはまらず、法的に厳密な意味での搜索で

た。この憲法異議手続きにおいては、申立人側から、通信の秘密に関する基本法10条、住居の不可侵について保障する同法13条、そして、先に見た、情報自己決定権の侵害が主張された。しかし、連邦憲法裁判所は、これらの基本権とは別に、IT基本権などと俗称されることになる、「情報技術システムの秘匿性と完全性に対する基本権」というものを新たに導出し、他の基本権と区別した上で、主に<sup>(117)</sup>、この侵害を論じた。

結論として、連邦憲法裁判所は、ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法擁護法5条2項11号を、基本法1条1項と結びつけられた同法2条1項（によるIT基本権保障）、同法10条（通信の秘密）、そして、19条1項2文（制限される基本権の明示要求）に違反するものとして、無効とした<sup>(118)</sup>。

### 3.2.1.2. 判旨

以下では、この判決の流れをもう少し詳しく、順を追って紹介していくことにする。

#### 3.2.1.2.1. 情報通信システムの要保護性<sup>(119)</sup>

まず、連邦憲法裁判所は、基本法1条1項に結びつけられた同法2条1項によって保護される一般的人格権の一つとして、情報技術システムの保護が必要とされる理由を次のように説明している。すなわち、第一に、パーソナルコンピュータ（PC）という情報機器の普及によって、PCは個人や企業の様々な活動を支えるものとなり、PCは今や人格発展にかなりの程度重要なものとなっていることを指摘する。また、PCのみならず、人々は毎日何らかの情報技術に関わっているという。さらに、個別の情報機器の発達だけで

---

はないという点には注意しておく必要がある。*Siehe z.B. M. Schlögel, Das Bundesverfassungsgericht, die informationelle Selbstbestimmung und das Web 2.0, ZfP 2012, S.88; T. Böckenförde, Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, JZ 2008, S.929.*

<sup>(117)</sup> もっとも、いわゆるIP電話通信などに代表される、インターネット上の通信の、現に進行中の通信内容を監視することについては、基本法10条の問題として処理し、実際に違憲の判断も下している（BVerfGE 120, 274 [340ff.]）。

<sup>(118)</sup> BVerfGE 120, 274 (275, Entscheidungsformel 1.)

<sup>(119)</sup> BVerfGE 120, 274 (303ff.).

はなく、情報機器同士がネットワーク化されることによって、人格発展に対して情報技術が貢献する度合いはさらに高まったのである。しかし、このネットワーク化は、人格発展にとって情報技術が新たな可能性を提供すると同時に、人格に対する危険もまた増大化させた。個々の情報機器の発展は、情報の蓄積、利用可能性を高めた上、それらをネットワーク化するということは、特定の情報機器の利用者が意図的に蓄積したのではないデータをも、ネットワークを通じて取得、利用する可能性を開いたのである。また、データの利用という側面からは、情報技術の利用者の情報を、個人の行動や属性と結びつけて評価することをも可能にした。そして、結果的に、情報機器のハードディスクや保存媒体の中には、人格に関わるような事情・状況につながる大量のデータが蓄積されることになる。これは、ネットワーク化との関係でいえば、インターネット等のネットワークの利用のあり方について集積、分析すれば、ネットワークの利用者の人格に関わる幅広い認識が可能になることを意味する上に、ネットワークを通じた第三者による、当該情報の解析、操作をも可能とする。このような危険への自己防衛措置は、大きな費用を伴い、場合によってはシステムに機能不全を生じさせる。さらに、第三者が一旦システムに侵入し情報を取得してしまえば、意味を持たないことも多い。

### 3.2.1.2.2. 従来の基本権による保障の不十分性<sup>(120)</sup>

以上のように、情報技術の利用が、人格の発展に資する一方で、人格を危殆化もするということは、情報技術について、基本権的保護の必要性を基礎付けるのである。しかし、判決によれば、基本法10条1項や13条、そして、これまで連邦憲法裁判所の判例上発展してきた情報自己決定権によって、情報技術の進展に伴って生じた上記のような保護必要性を十分に満たすことはできないのだという。

#### 3.2.1.2.2.1. 基本法10条1項との関係<sup>(121)</sup>

まず、基本法10条1項に規定される通信の秘密について裁判所は検討を加

<sup>(120)</sup> BVerfGE 120, 274 (306).

<sup>(121)</sup> BVerfGE 120, 274 (306ff.).

えている。裁判所は、この通信の秘密は、伝達手段を限定せず、およそ遠距離コミュニケーションを保護するものであり、インターネットを含む、新しい情報通信技術を用いたものを排除しないとする。その一方で、場所的に離れたところで行われるコミュニケーション特有の危険を排除することを目的とする規定であるという趣旨に立ち返ることにより、通信が行われている間にのみ通信の秘密の保障は及ぶという。つまり、通信終了後、当該通信に参加した者の支配領域に保存された情報の不可侵までを要求するものではないのである。したがって、通信終了後の情報を獲得するための情報技術システムへの侵入では、基本法10条1項の問題は生じず、情報技術システムの秘匿性と完全性の保護にあたって、欠損が生じてしまうのである。

### 3.2.1.2.2.2. 基本法13条との関係<sup>(122)</sup>

次に、判決は、基本法13条1項が保障する住居の不可侵に検討の対象を移す。ここで、連邦憲法裁判所は、13条1項を私的生活の営まれる空間的領域の保護を目的とするものであると位置付けており、住居への物理的な侵入から防御するのみならず、外部から、五感を利用して、住居内部での出来事を認識することも、13条の侵害（Eingriff）を構成することになるという。したがって、聴覚的、視覚的な、住居の監視のみならず、情報技術システムを利用して、住居から電磁的に出されるものを分析することによって住居を監視することも、13条の侵害となるのである。しかし、その反面、空間的領域としての住居に侵入するものと評価されない限りは、13条1項の侵害とは言えないことになり、むしろ本件では、それが重要な意味を持ってくる。つまり、13条1項の問題として扱うためには、住居内に存在する情報技術システムへの侵入が要求されることになるが、情報技術システムに特有の危険性は、システムが物理的にどの場所に置かれているかとは無関係に生じる。したがって、情報技術システムに保存されたデータの保護に関して、住居との関係性を要求する基本法13条の保障では、十分なものではないのである。

<sup>(122)</sup> BVerfGE 120, 274 (309ff.).

### 3.2.1.2.2.3. 情報自己決定権との関係<sup>(123)</sup>

最後に検討されるのが、情報自己決定権である。ここでは、情報自己決定権が、根本的に、私的領域の保護を保障するためのものとして位置付けられながらも、データの意義は、文脈等に依存しながら相対的に決定されるものであることから、私的領域に存在するデータの上に保護対象が限定されてこなかったこと、私的領域の保護に並んで、個人に自身で自己の人格に関わる情報の価値設定や利用ありようを決定する権限を与えることも、情報自己決定権の内容とされてきたことが指摘される。こうして、情報自己決定権によって、人格にとって危険が生じる段階で、行動の自由やプライバシー(Privatheit)を基本権として保障することがもたらされたわけである。このような情報自己決定権によって、場合によっては私的アクターによるものを含む、国家等による、個人に関わるデータの収集、処理、利用に伴う、人格の危殆化からの保護を導くことが可能になっていることが確かに認められる。しかし、裁判所は、第三者が情報技術システムに侵入し、さらなるデータの収集や処理を行うことなく、大量の、あるいは、訴求力の大きいデータのストックを手に入れる可能性があることに鑑みれば、情報自己決定権では防止が不可能な人格の危殆化がありえ、人格の保障になお十全でない部分が残っていると、憲法裁判所は指摘した。

### 3.2.1.2.3. IT 基本権の保護範囲<sup>(124)</sup>

このような地均しを経て、ようやく、連邦憲法裁判所は、所謂 IT 基本権(これは、判決における用語ではない)を導出していく。この IT 基本権は、情報自己決定権とその根本において共通するものを有しており、情報技術の領域において、基本権主体の人格的、あるいは私的な領域を、国家による侵入——正確には、個別のコミュニケーションの過程や保存データのみならず、情報技術システム全体について侵入するものである限りにおいてということになるが——から保護する権利だとされる。なお、判決によれば、個人

<sup>(123)</sup> BVerfGE 120, 274 (311ff.).

<sup>(124)</sup> BVerfGE 120, 274 (313ff.).

に関わるデータを生み出し、処理し、保存する、情報技術システムの全てが、IT 基本権による保障対象とされる必要はない。関係者の特定の生活領域に一時的に関わるだけのものであれば、国家が現存するデータストックにアクセスしたとしても、これは他の情報取得と変わるところはなく、従来の情報自己決定権による保護対象とされれば足りるからである。結局、IT 基本権、すなわち、情報技術システムの秘匿性と完全性を保障する基本権というのは、単独で、あるいは、ネットワーク化されることを通じて、関係者の人格関連情報を、一定の量、あるいは多様な形で持つようなシステム<sup>(125)</sup>が対象となっている。そして、当該システムに侵入することによって、ある人の生活形成の本質的な部分を知ることができたり、それどころか訴求力のある人格像を手に入れられたりするような場合に、IT 基本権は機能するのである。

### 3.2.1.2.4. IT 基本権の侵害 (Eingriff)<sup>(126)</sup>

そして、上述のような保護範囲に含まれる情報技術システムが生み出し、処理し、保存するデータの秘匿性が維持されることに伴う、システム利用者の利益が、IT 基本権によって、まず保護されるべきものである。そして、保護の対象となる情報技術システムの作用や機能そしてそこに保存された内容が、第三者によって利用されることによって、そのシステムに対する、解析、監視あるいは操作に関わる、決定的な技術的障害が取り除かれてしまい、当該情報技術システムの完全性が害された場合に IT 基本権の侵害(Eingriff)が認められるという。

### 3.2.1.2.5. 補遺：正当化と法律の留保

本稿における課題は、侵害法益をめぐる状況を論じることであるので、ひとまず、ここまでの紹介で足りることになろう。参考までに、少しだけその後の判決の議論の展開を紹介しておくと、IT 基本権といえども、制限のない

<sup>(125)</sup> PC がここにいう「システム」の典型例とされるが、固定されたものでも、モバイル型のものでもよく、私的な利用目的のものであれ、業務上用いるのものであれ、利用することによって個人の属性や嗜好に通常結びつけられるようなシステムであれば良いと整理されている。Siehe auch Böckenförde (Anm. 116), S.928.

<sup>(126)</sup> BVerfGE 120, 274 (314f.).



基本権ではないことを確認した上で、侵害 (Eingriff) の正当化可能性の基準の提示を行うことになる。とりわけ法律の留保との関係で重要なのは、規範の明確性 (Normenklarheit) と規範の確定性 (Normenbestimmtheit) の要求という、いわゆる明確性の原則に言及し、これを民主的立法者への本質的決定の留保という、本質性理論に結びつけていることである<sup>(127)</sup>。そして、要求される明確性の程度も、立法者の規律可能性によって左右されることを認めており、ここでも、機能適合性を考慮した、スライディング・スケールとしての本質性理論の性格が表れていることが重要である<sup>(128)</sup>。また、比例原則に則った、実質的な正当化の場面でも、様々な議論の対象となっている重要な判示がなされているが、これはむしろ規律の密度との関係で問題となる<sup>(129)</sup>ため、別稿での検討を予定している。

### 3.2.2. 検討

一般メディアのレベルにおいては、連邦憲法裁判所が、IT 基本権という今までにない概念を提示したこと<sup>(130)</sup>に対して、デジタル時代の問題に対応するものであるなどとして高い評価がなされたようである<sup>(131)</sup>が、法律家の間で

(127) BVerfGE 120, 274 (315f.). この点を強調するものとして、Bode (Anm. 15), S.212などがある。

(128) 以上について、BVerfGE 120, 274 (316) を参照。

(129) 規律密度を量的な比例性、実質的な内容の比例性を質的な比例性ともで区別することは理論的にできようが、實際上両者は分け難いところがある。この点については、前掲註(15)及び(100)も参照。

(130) なお、IT 基本権を新たな基本権と整理することには否定的で、あくまで、これまで長きに渡って認められてきた、人格保護に関する基本権について、さらに個別化することによって、具体化をおこなったものに過ぎないと説明するものとして、W. Hoffmann-Riem, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigennutzer Informationstechnischer System, JZ 2008, S.1022などがある。もっとも、この Hoffmann-Riem の記述が、保護内容の不明確な、余計な基本権概念を新たに設定したことにより、他の基本権の保護範囲の縮小を招くものなどという、学説からの批判も意識した、連邦憲法裁判所内部で判決を主導したとされる論者による判例評釈の結論部分におかれた、従来の判例・学説との連続性を強調する言明であるということには注意しておく必要があろう。

(131) Böckenförde (Anm. 116), S.925 u.a. Fn.8; Hoffmann-Riem, ebd., S.1015.

は、激しい議論の対象となった。なかでも、とりわけ問題とされたのは、従来の基本権とは区別された、IT 基本権という概念をわざわざ創設して論じることが必要であったのか<sup>(132)</sup>、また、これと関連して、従来の基本権の中でも、情報自己決定権との区別が不明瞭ではないか<sup>(133)</sup>ということである。さら

(132) Böckenförde, ebd., S.925; G. Britz, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer System, DÖV 2008, S.413f. [正当化の要求内容を高めたいのであれば、比例性判断の厳格化によって対応可能であったし、情報自己決定権の重要性を弱める効果を持つとして、情報自己決定権の判断枠組みを精緻化すればよかったと指摘する]; M. Eifert, Informationelle Selbstbestimmung im Internet: Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen, NVwZ 2008, S.521f. [情報自己決定権の保護で十分であり、IT 基本権は、余分なものであるだけでなく、射程が広すぎるものとなっていると指摘する]; O. Lepsius, Das Computer-Grundrecht: Herleitung – Funktion – Überzeugungskraft, in: F. Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, 2008, S.26 [基本法13条との関係に住居空間に同条の保護範囲を限定したこと自体は説得的だとしつつ、大盗聴判決 (BVerfGE 109, 279) とは一貫しないと指摘] u. S.29ff. [Eifert と同様、判例・学説の展開として、情報自己決定権の広がりには、本件の問題を包摂できるものになっていたのではないかと指摘し、Britz のように、精緻化を行う余地があったことを示唆する]。

なお、Britz, ebd., S.414は、通信の秘密との関係において、オンライン検索について、連邦憲法裁判所が、国家による隠密裏の情報技術システムへの侵入の侵害の程度の高さを理由に、裁判官留保を求めたこと (BVerfGE 120, 274 [331ff.]) によって、基本法10条自体においても、具体化法 (G10法) においても、裁判官留保が要求されていない、通信の秘密との関係で、要求される手続きにある種の「逆転」が生じるなどの混乱が生まれていると指摘している。

(133) Böckenförde, ebd., S.927f.; M. Kutscha, Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, NJW 2007, S.1043; M. Sachs / T. Krings, „Das neue Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, S.484 [従来の判例からは、情報自己決定権が個別の情報取得行為にのみ関わるものであるとは言えないはずだと指摘する]。

なお、情報自己決定権との区別という点に関連して、本判決当時、Hoffmann-Riem 判事付の学術助手 (wissenschaftlicher Mitarbeiter) として、判決に関与した、Bäcker は、M. Bäcker, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: H. Reusen / S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern Bd.1, 2009, S.124において、情報自己決定権は従来非常に射程の大きなものとなっていたところ、その中から、特に保護の必要性が高い、社会におけるコミュニケーションの断面を取り出し、保護対象を明瞭化したのが、IT 基本権であり、この基本権概念は、情報自己決定権にかかる負荷を軽減するものであるとしており (この点については、Hoffmann-Riem (Anm. 130), S.1019も参照)、ここでは、情報自己決定権と IT 基本権の連続性を強調しているように見受けられる。そして、これは、前註<sup>(132)</sup>で紹介した、本件は情報自己決定権で処理できたのではないかという批判への応答とも評価できる。

には、IT 基本権の内容についても、その鍵となる概念である、情報技術システム、秘匿性、完全性といったもの<sup>(134)</sup>をはじめ、不明確なところが多く残されているという批判<sup>(135)</sup>も多く見られる。

これらの指摘や批判は、もちろんそれぞれ論すべき重要な問題を含んでいる。しかしながら、本稿のここでの関心は、侵害利益としての基本権をどのように設定しているかである。本判決が侵害利益としての基本権をどのように設定し、その基本権がどのような性格を持つのかを明らかにすることを通じて、なぜ結局、新たな基本権概念を導入する必要があったのか、その必要性を基礎付けるため、従来の基本権からどのような区別を行う必要があったのか、また、それは成功しているのかという問題にもつながっていくだろう。そこで、IT 基本権の基本権としての根本的な性格をめぐる議論を以下では紹介し、若干ではあるが、筆者なりの考察を加えることにしたい。

オンライン検索判決に対して、最も根本的な疑問を投げかけるのが、Lepsius である<sup>(136)</sup>。彼は、本判決の従来からの基本権と IT 基本権との区別について一通り確認した上で、他の多くの評釈等と同様に、従来の判例から考えれば、情報自己決定権の判断枠組みの精緻化などで十分であり、必要とは言いがたい、新たな「サブ基本権」を創出した判決であるという評価を加えている<sup>(137)</sup>。その上で、Lepsius は、IT 基本権の保護範囲は、脱個人化された、情報技術システムの維持にあるのであり、IT 基本権は、個人の法的地位を保護する、主観的権利としての基本権とは言えないものであると指摘している<sup>(138)</sup>。そうすると、脱個人化された客観的法定問題を、一般的人格権の下位

(134) さしあたり、学術助手であった Bäckér による説明として、Bäckér, ebd., S.125ff. を挙げておく。

(135) Böckenförde (Anm. 116), S.928f.; Sachs / Krings (Anm. 133), S.484.

(136) 以下の検討については、高橋・前掲註4561頁に詳細な検討があり、本稿も多くを拠っている。ただし、高橋の関心が自己決定や人格保護といった、実質的価値の検討に向いているのに対して、本稿筆者の関心と能力の関係上、本稿の検討はあくまで、大枠としての基本権理解など、形式的な側面に向けられており、また、それに止まっている。

(137) Lepsius (Anm. 132), S.32.

(138) Ebd., S.34.

分類として整理することも適切ではない<sup>(139)</sup>。したがって、本判決が、一般的人格権の一種として IT 基本権を位置付け、主観的権利であることを装っているのは、結局、主観的権利としての基本権の侵害という事態を作出することによって、憲法異議の申立可能性を基礎付ける方便であるという<sup>(140)</sup>。すなわち、実質的には、市民に規範統制の途を開いたに等しいのだと指摘する。それでも、実態は、客観的な保護を要求するものであるため、主観的権利としての性格を有する、情報自己決定権を用いるのではなく、新たな基本権概念を創出することになったと、Lepsius は考えている<sup>(141)</sup>。

Lepsius によれば、以上のように、客観的な法命題を内容とする「基本権」を、オンライン搜索判決が持ち出した背景に、連邦憲法裁判所第一法廷で進められてきた、保障国家論の定着<sup>(142)</sup>があるのだという。そして、この保障国家論の定着を推進してきたのが、当時第一法廷で判事を務めていた、Hoffmann-Riem であると名指しする<sup>(143)</sup>。しかし、この保障国家論には異論も多く、社会に出発点を求める基本権の内容の設定を認める点で、個人の自由、とりわけ、少数者の保護が害される恐れがあることに、Lepsius は警鐘を鳴らしている。つまり、多数者が立法権限を手に行っている民主政において、個人、とりわけ少数派の主観的な異議申立ての拠り所として基本権が構想さ

(139) Ebd., S.36.

(140) Ebd., S.36f. *Duttge* (Anm. 102), S.296も、主観的な基本権と構成することは、国家に法律に基づく正当化を権利として請求できるという意味での法治国原理の主観化であり、憲法異議の途を開く機能も持つと指摘する。

(141) *Lepsius* (Anm. 132), S.41.

(142) ここでは、従来の基本権の保護対象を表す、「保護範囲 *Schutzbereich*」という用語が、第一法廷の判例では、「保障範囲 *Gewährleistungsbereich*」という語に置き換わっていることが指摘されている。ちなみに、後者は、前者のように、自由の領域に対する主観的な要求によって、第一次的に決められるものではなく、社会それ自体における自由な社会的活動のための条件について、客観的に行われる考慮のもと、決定されるものであるという意味合いを持つという。*Siehe ebd.*, S.43. なお、*W. Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat Bd.43, 2004, S.226*は、連邦憲法裁判所は、保護範囲と保障範囲という二つの用語を互換的に用いており、保障国家論への移行を見てるのは尚早としている。

(143) *Lepsius, ebd.*, S.43.

れるのではなく、社会に出発点がおかれる基本権が、立法を客観的に制約したり、逆に方向付けたりするのでは、社会における少数者の保護に資するものではないというのである<sup>(144)</sup>。その意味では、保障国家論は、自明ではなく、それ自体論証を要する<sup>(145)</sup>。本判決の文脈に引きつけて考えても、情報技術システムに支えられた、「電子的生活」をするか否かも本来、個人の判断に委ねられるべきであり、客観的に、一定のシステムが割り当てられるべきものではないはずである<sup>(146)</sup>。さらに、主観的権利を装い、「保障範囲」への侵害 (Eingriff) を、主観的権利侵害と構成し、正当化を求めるのであれば、客観的な保障範囲の考え方を取り込んだ意味がなくなってしまうことにも注意しなくてはならない<sup>(147)</sup>。

このように、Lepsius は、保障国家論に対して根本的な批判を加え、それを背景にしていると思しき、オンライン搜索判決を激しく批判するのであるが、昨今の安全法制においては、個人に着目して、規制や義務が課されるのではなく、一定の場所に存在していることなどを理由にそれが行われるのであって、むしろ一定の客観的状況に置かれているにもかかわらず、自分は危険ではないことを市民の側が立証しなくてはいけないような状況に陥っている。このような、規制や義務の脱個人化に対抗するために、基本権保障も脱個人化したとみる余地があり、その限りにおいて、監視国家化に歯止めをかけるものとして、積極的な評価を加えることは可能であるとしている<sup>(148)</sup>。しかし、基本権侵害の正当化判断において、従来基準として機能してきた主観的権利が客観化してしまえば、正当化判断は基準を失うこととなり、それもまた限界があることを示唆するのである<sup>(149)</sup>。

これに対して、名指しで批判の矢面に立たされた、Hoffmann-Riem の方

<sup>(144)</sup> Ebd., S.44ff.

<sup>(145)</sup> Ebd., S.45.

<sup>(146)</sup> Ebd., S.46.

<sup>(147)</sup> Siehe ebd., S.47.

<sup>(148)</sup> Ebd., S.48f. u. 52.

<sup>(149)</sup> Ebd., S.53.

は、どのように応答しているのだろうか。保障国家論の正否については、結局のところ、基本権像、ひいては国家像についての相違なのであり、基本的には平行線をたどるしかないこともあってか、明確な再反論が示されているわけではない。これについては、保障国家論の長所、短所を我々で検討するより他ないだろう。他方、IT 基本権が、脱個人化した、あるいは非人格的な基本権であるという点については、Hoffmann-Riem<sup>(150)</sup>や、連邦憲法裁判所でその学術助手を務めた Bäcker<sup>(151)</sup>は、一定の客観法的性格を認めつつ<sup>(152)</sup>も、従来の情報自己決定権との連続性を強調することで、個人や人格とのつながりを示そうとしている<sup>(153)</sup>。とりわけ、Bäcker は、財産権や放送の自由を例に出して、一定の客観的制度の保障を通じて、主観的な権利を保障することは珍しいものではなく、直接は情報技術システムを保護対象としていたとしても、IT 基本権が非人格的権利ということにはならないとも、明示的に Lepsius に反論を試みている<sup>(154)</sup>。ただし、これについては、Lepsius が、財産権や放送の自由がむしろ例外として捉えられる可能性にも言及しており<sup>(155)</sup>、本質的な反論とも言い難い。Hoffmann-Riem が、予てより、情報自己決定権についても、保障国家論による基礎付けを行っていたこと<sup>(156)</sup>を考えれば、情報自己決定権との連続性を強調することも、結局、Lepsius の批判に正面から答えていることにはならないだろう。また、情報自己決定権との連続性を強調することは、逆に、IT 基本権という新たな基本権を設定することの必要

(150) Hoffmann-Riem (Anm. 130), S.1019 u.1022. Siehe auch *ders.*, Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, AöR 2009, S.531[Hoffmann-Riem 2009].

(151) Bäcker (Anm. 133), S.119ff.

(152) Ebd.; Hoffmann-Riem 2009 (Anm. 150), S.533.

(153) さらに、Bäcker, ebd., S.125f. Fn.114や、Hoffmann-Riem (Anm. 130), S.1014 Fn.62は、Lepsius による、客観的システム保障としての IT 基本権の読み込みは、判決文に根拠を持たない、都合の良い読み込みだなどと指摘する。Siehe auch Böckenförde (Anm. 116), S.928 Fn.38. また、植松・前掲註1325-26頁も、Hoffmann-Riem や Bäcker の見解を支持する。

(154) Bäcker, ebd., S.126.

(155) Lepsius (Anm. 132), S.45.

(156) Hoffmann-Riem (Anm. 102), S.534ff.



性の根拠を薄弱としよう。この点で、先述したように、Hoffmann-Riem が、IT 基本権は新たな基本権とはいふべきではなく、従来議論されてきた、一般的人格権の保護対象を精緻化し、くり出したものであるという説明することにつながるわけである。その意味では、反対説・批判論との関係で、情報自己決定権の枠内で、すなわち、保護範囲を操作するのではなく、正当化に位置付けられる、比例原則の判断枠組みを精緻化するか、そもそも保護範囲のレベルで別の基本権として分離独立させるのかに違いがあると整理することができよう。

こうして、結局、Hoffmann-Riem の保障国家論の IT 基本権の基礎付けとしての妥当性が問われることになる。以下では、本格的な検討は手に余るとしても、この点について少し考えてみることにしよう。すでに前稿<sup>(157)</sup>でも少し触れたように、Hoffmann-Riem は、一般的な問題として、国家作用、基本権作用の多様化を理由に、従来の主観的権利の侵害からの保護のみならず、基盤となるような客観的システムの構築をも包摂する基本権保障へと展開する必要性を説く<sup>(158)</sup>。この背景には、グローバル化やヨーロッパ化、私化といった現象の中で、相対化し、統制能力を減退させた国家、そして、議会という理解が控えているので、議会に求められる規律の密度は低下するとともに、規律の有り様としては、裁量が多く認められることを忘れるべきではない。IT 基本権に関係する文脈においても、Hoffmann-Riem は、高度に情報化された現代社会において、情報技術システムは人々が人格を発展させていく上で不可欠なインフラとなっているのであり<sup>(159)</sup>、その基盤を整えることも、国家の責務に位置付けられる<sup>(160)</sup>。Lepsius のいうように、そのようなインフラを使うかどうかも本来は個人の決定に委ねられるべきであるという<sup>(161)</sup>のは、一理あるが、現実問題として、かなりの覚悟がないことには、現代社会におい

(157) 拙稿・前掲註(18)141頁註167。

(158) Hoffmann-Riem (Anm. 142), S.226f..

(159) Siehe Hoffmann-Riem 2009 (Anm. 150), S.517ff..

(160) Siehe ebd., S.535ff..

(161) Lepsius (Anm. 132), S.46.

て、情報技術システムというインフラを利用しないで生活していくことは難しい。その意味では、インフラを確保し、その安全性を担保するということは、国家の責務であるというべきであり、それが国家機関の中で第一次的に誰に担われるべきかといえば、議会ということになろう。しかし、問題は、この国家のインフラ整備、確保義務を、主観的な基本権として構成する必要があるかである。これは、まず、レトリックのレベルにおいても困難や不自然さを伴うものと言わざるを得ないだろうし、Lepsius がいう通り、少数者の異議申立ての手段、あるいは、切り札としての基本権の機能を希薄化させてしまう<sup>(162)</sup>というべきではないだろうか。そして、これも Lepsius が指摘するように、主観的権利としての実質を持たないのであれば、主観的権利に特有な、立法内容に対する制約機能を持たせることは実際には困難を伴うであろう<sup>(163)</sup>。そうであるならば、法律の留保原則に引きつけて考えると、政治的、民主的な観点からの議会の責務を、基本権を偽装することによって基礎付けるような枠組みは採用すべきではない。さらに、民主的な観点から、議会の責務としての、法律による客観的システムの構築を強調したところで、国家の役割の相対化は、法律で定めるべき内容の判断において、複雑な事情を考慮することを要求するものであって、そもそも法律の留保が目的としていたはずの、予見可能性の確保が困難になるという問題は、Hoffmann-Riem 自身認めているところである<sup>(164)</sup>。関連して、保障国家論の採用が窺われる連邦憲法裁判所の比較的近時の判例における基本権保障のあり方の変化は、憲法異議の場面において、個別具体的な主観的権利・利益の侵害をめぐる衡量が行われるのではなく、より一般的なレベルにおける、法律が設定したシステムの妥当性が比例原則のもと審査されるという帰結を招いているという、Möllers の指摘<sup>(165)</sup>にも注意しておく必要がある。つまり、保障国家論とも結

(162) Ebd., S.44ff.

(163) Ebd., S.53.

(164) Hoffmann-Riem (Anm. 142), S.230.

(165) C. Möllers, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, S.1978.

びついた安易な基本権創出は、憲法訴訟自体にも混乱を招き、民主的な国政の構造をも揺るがすことになりかねないのである。

結局、IT 基本権という、3.1. で見た情報自己決定権以上に客観的法性格の強い基本権が、連邦憲法裁判所の判例において、侵害法益として導出されていると整理することができる。そして、これについても、法律の留保論との関係で言えば、基本権関連性で処理するよりも、他方で議会の規律能力の限界も視野に入れながら、正面から政治的重要性の側面を基礎付ける努力をすべきだということになるだろう<sup>(166)</sup>。

### 3.3. まとめ：ドイツにおける「侵害法益論」から見えてくるもの

ドイツにおける侵害法益論、具体的には、情報自己決定権と IT 基本権をめぐる議論を概観することによって、まず目にとまるのが、いわゆる住基ネット訴訟<sup>(167)</sup>や GPS 捜査<sup>(168)</sup>の問題などをきっかけに、比較的最近になって日本でも議論されるようになった、モザイク理論<sup>(169)</sup>や（情報、プライバシー保護に関する）萎縮効果論<sup>(170)</sup>というものが、ドイツではすでに35年前の国勢調

<sup>(166)</sup> もっとも、先に指摘したように、憲法異議における判例であり、憲法異議の舞台に載せるためには、基本権として構成する必要がある、判決においては、そのような考慮が働いた可能性も視野に入れる必要はあろう。

<sup>(167)</sup> 住民基本台帳法の平成11年改正に基づき導入された、氏名、生年月日、性別、住所、住民票コード、転入・出生等の変更情報（以上をまとめて、本人確認情報と呼ぶ）を、市町村・都道府県・国の機関などが共有し、確認できるネットワークシステムである、いわゆる住基ネットの導入以後、全国各地でこの違憲性を主張する、訴訟が提起された。このうち、大阪府下のいくつかの市を相手取って、国家賠償法1条1項に基づく慰謝料の支払い請求と、プライバシー権に基づく妨害排除請求としての、住民基本台帳からの住民票コードの削除、同じくプライバシー権に基づく妨害予防請求権としての本人確認情報の大阪府知事への提供の差止請求が行われた訴訟（後二者の請求については控訴審から追加）について、最高裁が判断を下したのが、最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁（住基ネット事件最高裁判決）である。

<sup>(168)</sup> これについては、これまでにあげた GPS 大法廷判決の評釈類のほか、さしあたり、単行本としてまとめられたものとして、指宿信編著『GPS 捜査とプライバシー保護』（現代人文社、2018年）をあげておく。

<sup>(169)</sup> これについては、前掲註<sup>(48)</sup>参照。

<sup>(170)</sup> 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権——『監視捜査』統御の仕組み」法律時報87巻5号（2015年）74頁。

699 「権利ドグマティック」の可能性：基本権侵害を理由とする法律による規律の要求の意義と限界  
査判決において論じられていたということである<sup>(171)</sup>。

そして、これらを考慮し、権利保障の中に盛り込むことが、古典的な意味での主観的権利には収まらない性質を、情報自己決定権やIT基本権という「権利」、「基本権」に与えることになったことについても、本稿では明らかにした。つまり、基本権の客観法化が見られるのであり、客観的な制度構築を立法者に求めるのであれば、むしろ、政治的重要性の要素を強調することを通じて、法律による規律を求めるべきではないのかという疑義を本稿は呈したのであった<sup>(172)</sup>。

そして、この問題は、「はじめに」でも触れたように、近年——主としてアメリカを比較対象国とする形ではある<sup>(173)</sup>が——プライバシー権の性質を巡って生じている議論ともパラレルな問題でもある。繰り返しを恐れず、もう少し敷衍して説明すると、山本龍彦が、「第3期のプライバシー権概念」として、情報システムのシステム・コントロールを憲法上の主観的権利として承認することの必要性を説いている<sup>(174)</sup>のに対して、果たして、これを主観的権利として構成することが妥当なのか、この権利によって保護される核心はあるのかという疑義が呈されている<sup>(175)</sup>。また、GPS捜査に代表される、「監視型捜査」をめぐる文脈においても、山本が、具体的な侵害としての「激痛」が生じる前に、取得情報の将来の利用可能性などの「鈍痛」を考慮した、リスク配慮を行うべきだとする<sup>(176)</sup>のに対して、こういった考慮を主観的権利の中に盛り込むことに拒否反応を示す、稲谷龍彦からの批判を受けている<sup>(177)</sup>。

(171) 前掲註(48)および、(64)ないし(67)と、これらに対応する本文参照。

(172) 前掲註(100)・(101)・(166)と、これらに対応する本文参照。

(173) もっとも、本稿でも触れたように（前掲註(92)参照）、小山剛は、住基ネット訴訟最高裁判決やドイツの情報自己決定論が、侵害（Eingriff）発生の前段階での、根拠法律の存在確認を含めた基本権審査を認めるものであることを、主にドイツを参照しつつ、夙に指摘している。

(174) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）7-11頁〔初出、2010年〕。

(175) 長谷部恭男ほか「日本国憲法研究第10回・プライバシー座談会」ジュリスト1412号（2010年）95-97頁〔阪本昌成発言〕、これに対する山本の応答として、同座談会98頁などを参照。

(176) 山本・前掲註(174)59-62頁〔初出、2013年〕。

(177) 笹倉ほか・前掲註(4)68頁〔稲谷龍彦発言〕。なお、稲谷は、捜査法の場面に限定してで

リスク配慮を行い、侵害の認定を不要、あるいは、少なくとも緩和することは、小山も指摘するように、情報自己決定権の一つの特徴である<sup>(178)</sup>。また、システム・コントロールの重要性を指摘し、住基ネット事件最高裁判決が、住基ネットの構造に情報漏洩等の危険性がないかを審査したことを高く評価し、制度の構造審査の必要性を強調する山本の姿勢<sup>(179)</sup>は、上で見た、ドイツの連邦憲法裁判所のIT基本権概念を想起させる。そして、情報自己決定権やIT基本権の客観法的性格には、学説上、批判や疑義が呈されているのであった。ここまで見た限りにおいては日本と似た議論状況が展開されている、ドイツの議論を本稿が紹介してきたことは、我が国における「権利ドグマティック」の有用性、可能性を判断する上で、一定の意義を持つものであったというべきである<sup>(180)</sup>。

---

はあるが、捜査機関統制密度を考えるにあたって、権利や法益というのは、暫定的な代理変数に過ぎず捜査法解釈の指針とすることには限界があるという立場を採っている(稲谷・前掲註6)44頁以下)。また、稲谷に対する山本の応答として、笹倉ほか・同上68頁「山本発言」を参照。

(178) 小山・前掲註66324頁などを参照。

(179) 山本・前掲註07455-57頁など。

(180) なお、次のような日独の相違点が存在することには留意しておく必要があろう。すなわち、わが国では、さしあたり、「プライバシー」をめぐる場面で、基本権概念の拡大なり、変容なりが議論の俎上に載っているにとどまっている。これに対して、ドイツでも、情報やデータの特異性(これを指摘するものとして、例えば、Britz (Anm. 90), S.577がある)に起因する各論的問題にとどまっていれば、まだ問題は小さいのだが、ドイツでは、社会国家原則などの客観原則、国家目標規定が、直接、あるいは、基本法2条1項の一般的人格権と結びつくことを通じて、主観的権利として構成される可能性が指摘されており、問題視されている(siehe z.B. H. Bethge, Die Grenzen grundrechtlicher Subjektivierung objektiven Verfassungsrechts: Zum aktuellen Stellenwert der Elfes-Konstruktion, in: O. Depenheuer / M. Heintzen / M. Jestaedt / P. Axer (Hrsg.), Staat im Wort: FS J. Isensee, 2007, S.613ff.)。実際、いわゆる Hartz IV 判決(BVerfGE 125, 127)が、基本法1条1項の人間の尊厳の保障義務と、同法20条1項の社会国家原理から、議会に社会保障立法の義務が存在することを基礎付けるとともに、具体的な立法内容に対して比例性審査を施し、違憲判断を行ったことは、主観的基本権を導き出してはいないが、実質的にそれに匹敵すると評価することができるだろう。さらに、同じく社会国家原理を基本法2条1項、2項と結合させることを通じて、社会給付を求める権利を承認したとみる余地のある、ニコラウス決定(BVerfGE 115, 25)を紹介・検討する、石塚壮太郎『健康権』の法的性格——ニコラウス決定と基本権ドグマティックの揺らぎ——」法学研究91巻1号(2018年)507頁以下も参照。

すでに指摘したように、基本権概念が客観化していること、裏返せば、客観法的要請が主観的権利として構成されていることは、法律の留保の要否という点から見ると、それは、無理に基本権関連性という法律の留保の必要性の基礎付けを行うようにも理解できる。このような理解が許されるのであれば、むしろ、正面から、客観法的要請の政治的重要性、議会の機能への適合性を論じるべきではないかと、本稿では先に指摘した。しかし、ここで考慮すべきなのは、法律が必要なかどうかということだけで話は終わらないということである。とりわけ、前稿での筆者のように、本質性理論が、結局、規律密度の問題に解消されるという立場<sup>(181)</sup>を採れば、問題となっている侵害利益に見合うだけの規律密度を備えているのかということが法律の留保との関係で問題となってくる<sup>(182)</sup>。また、全く関連する法律がないような場合はともかく、一定の関連性を有しそうな法律がある場合には、これを根拠法律と位置付けて良いかという問題を判断しなければ、立法の要否も判断できない<sup>(183)</sup>。もちろん、政治的重要性を基礎付ける、より具体的な要素を取り上げること

もっとも、本稿でも触れたように、これは、ドイツにおいては、憲法異議の途にのせる方便として、主観的基本権として構成する必要があるという事情も関係していると推測されるが、重大な問題であると言えよう。関連して、逆にドイツにおいて、基本権の客観法的側面が強調される根拠を、戦後の精神的状況のなかで、全体主義体制を否定し、人間の尊厳に基盤をおく価値秩序へのコミットと、強い憲法裁判権によるその確保を求める機運が、誕生直後の連邦憲法裁判所の内外で高かったこと、一元的な司法制度を採らず、独立した憲法裁判所による憲法裁判という仕組みをとったため、通常法律の解釈を憲法裁判所が扱うに当たって憲法との関係性を強調する必要があったこと、他方で、広く憲法異議の可能性が開かれたことにより、通常法律の解釈が憲法裁判所に求められやすくなったことなどに求め、比較法的にもドイツ憲法の特徴と位置付ける論稿として、*R. Wahl, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, in: *D. Merten / H.-J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, 2004, § 19 S.745ff. (siehe u.a. S.763f. Rn.27) も参照。

(181) 拙稿・前掲註(18)117-120頁参照。

(182) これにより、形式的正当化の問題としての法律の留保論と、実質的正当化の問題である比例原則の区別が相対化することについては、前掲註(15)、(10)、(29)を参照。

(183) これに関連して、規範の明確性などのような形式的な判断で済む場合は兎も角、緻密な要件構成を伴う立法の審査に当たって、客観法的性格の強い、IT 基本権概念を用いて十分な審査を行うことは困難であるという、*Lepsius* (Anm. 132), S.53の指摘が参照されるべきである。なお、これについては、合わせて植松・前掲註(13)25頁も参照。



で、必要とされる規律密度の設定を行うことは不可能ではないだろうが、これを裁判所が行うことを考慮する<sup>(184)</sup>と、裁判所が使い慣れた、権利という枠組みを利用しておいた方が、まだ、事後的な検証にも耐えうる裁判所の判断を可能とする余地が大きいのではないだろうか<sup>(185)</sup>。このように考えると、結局、いわば「権利ドグマティック」によって判断を行っている連邦憲法裁判所の判例が、規律密度の審査において、効果的な判断枠組みを構築できているかを評価することによって、基本権概念の拡大で処理すべきか、政治的重要性で判断すべきかという対立についての最終的な判断が下せることになる<sup>(186)</sup>。その意味では、さしあたって、侵害法益論に焦点を当てて、ドイツにおける状況を紹介した本稿だけでは、「権利ドグマティック」についての最終的な評価を下すことができない。紙幅の都合上、この検討は別稿に譲らざるを得ないが、別稿では、以上のような観点も加味しながら、連邦憲法裁判所における規律密度論を検証することを予定している。

(184) 住基ネット事件最高裁判決の構造審査を山本が高く評価することについて、裁判所の能力の観点から、疑義を呈するものとして、松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報83巻5号(2011年)40頁がある。これに対する、山本の応答として、山本・前掲註07457-59頁も参照。また、関連して、個別具体的な権利・利益を離れ、一般的なレベルで法律を審査することが、憲法裁判所による立法類似の行為に該当し、民主的正統性の観点から問題があるとするものとして、C. Möllers, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, S.1978f.なども参照。付随的審査制において、文面審査が原則的に否定されるべきことが指摘される場合が多いが、ドイツにおいても憲法異議の場面では、このように、文面審査を否定する向きが見られる(他に、Bethge (Anm. 180), S.620f.などを参照)。この問題に関する、山本の見解は、山本龍彦「文面上審査、第三者ステANDING、憲法上の権利——裸足のダンサーが酒場で踊る——」『慶應義塾創立一五〇周年記念法学部論文集 慶應の法律学 公法Ⅰ』(慶應義塾大学法学部, 2008年)361頁以下に示されているが、ここで、文面審査に積極的な意義を見出そうとしていることと、プライバシーの文脈における、古典的権利概念にこだわらない山本の姿勢がリンクしていることを見逃してはならない。

(185) 我が国における強制処分該当性の判断の文脈において、なお、権利を指標とすることを支持する理由について、同様の趣旨を述べた、笹倉ほか・前掲註0778頁の山田発言も参照。

(186) なお、問題の所在が最終的にこのように整理されるということは、本稿が元来問題視した、重要な権利侵害でなければ、捜査手続の法定が要求されないのかという点よりも、そもそも、権利の侵害が、捜査手続の法定の前提条件として妥当かということの方が、現代的な論点となっていることを示しているということになろう。

#### 4. 補論：「侵害」概念の現代的意義

なお、ここまで本稿では、「権利」として把握することが妥当かという問題設定で論じたが、新技術の発展に伴う捜査活動その他の国家活動も変容は、権利侵害 (Eingriff) の発生をどのように認めるかという問題も生じさせている。つまり、本来法律による統制や裁判的救済の対象となるべき範囲設定のために構想された権利の侵害という概念は、国家活動の変容により、その指標としての意義を失っている可能性があるのである<sup>(187)</sup>。これに対する対応としては、権利概念自体を変容させ、その権利概念に対応する「侵害」は存在するという手法と、侵害概念自体を変容させるという二つが考えられる。

このうち、前者を3. で主題化したと整理することができよう。そして、後者についても簡単なものであれ、検討を及ぼしておいた方が良いでしょう。そこで、最後に、補論としてこの問題を扱っておくことにする。

前稿でも素描したように、ドイツにおいて、侵害 (Eingriff) という概念は、本質性理論の登場、そして定着を通じて、法律による規律を要求する指標としての役割を終えた<sup>(188)</sup>。しかし、本章で見てきたように、基本権などの法益の侵害が存在しているのかということは、一応の (*prima facie*) 違憲性の基礎づけと、それについての正当化の要求を導出するために必要であり、ある国家行為に伴い、基本権の「侵害」が本当に生じているのかが争点ともなっているのであった<sup>(189)</sup>。そして、これは、ドイツにおける、基本権訴訟の審査

(187) ところで、別稿 (拙稿・前掲註(18)108頁以下など) において、筆者は、重要な権利の侵害の場合にのみ「法定」を要求するように映る、刑事訴訟法学説にいわゆる、重要権利侵害説に批判的に言及したが、この整理を踏まえると、真の現代的問題は、「重要な権利」に法律による規律を限定することが妥当かという、そこでの筆者の問題意識よりも、そもそも、「権利侵害」を現代において要求することが妥当かというところにあるということになるかもしれない。

(188) 拙稿・前掲註(18)114-115頁。

(189) 前掲註(70)乃至(72)、(90)乃至(99)及び(105)乃至(109)と、これらに対応する本文参照。なお、近時の我が国においても、警察当局によるイスラム教徒の個人情報収集の違憲性が問題となった事件で、信教の自由の侵害（ここでいう「侵害」はEingriffの意味と解される）が認められるためには、「法的又は事実上の不利益な取扱い又は強制・禁止・制限といった強制の要素が存在することが必要である」とし、当該事件における情報収集活動は、

枠組として、今日では日本においても広く知られた、いわゆる三段階審査において、その二段階目において、侵害 (Eingriff) の存在が審査されることになっていること<sup>(190)</sup>に起因している。

そうすると、かつて法律の留保論を舞台に論じられてきた侵害の有無は、結局、少なくとも基本権が問題となる場面においては、場面を超えて論じられることになり、捉えようによっては、侵害留保説の克服はあまり意味のないことであつたということにもなりかねない。この問題については、基本権の正当化されざる最終的な侵害 (Verletzung) を認めるためには、確かに、侵害 (Eingriff) の存在を問う必要があり、その意味では、確かに、Eingriff の必要性が場所をかえて論じられなければいけないだけのことだといえ、それはその通りである。しかし、訴訟でどう問題になるかは別として、法律による規律にとって侵害が要求されるかという点では、今やそれは要求されないものであり、裁判での争い方に関しても、憲法異議における基本権侵害の主張が可能かはともかく、憲法上の権利かにかかわらず、何らかの不利益が別立てで基礎づけられさえすれば、法律の留保を単体で論じることは可能になるという意味で、侵害留保論の克服に意義がないわけではないだろう。これは、まさに、刑事裁判など通常、主客両面の当事者適格が問題となってこない訴訟においては、法律の留保問題、あるいは、本稿筆者が法律に留保について採用する基本的な立場からすると、法律の規律密度をそれ自体として、論じる余地が残されているということを意味している。

あくまで任意のものであり、それ自体が原告らに対して信教を理由に不利益な取り扱いを強いたり、宗教的に何らかの強制・禁止・制限を加えたりするものではないから、信教の自由の侵害を否定した、東京地判平成26年1月15日判時2215号30頁（これについては、小島慎司「判批」『平成26年度重要判例解説』（有斐閣、2015年）16頁以下や、渡辺康行「『ムスリム捜査事件』の憲法学的考察」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂、2015年）937頁以下を参照）があり、注目される。

(190) Siehe z.B. T. Kingreen/ R. Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 34. Aufl., 2018, S.78ff. Rn.253ff. u.a. S.80ff. Rn.263ff. [同書の第15版 (1999年) の邦語訳として、ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク (永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳) 『現代ドイツ基本法』(法律文化社, 2001年) 71頁以下]. 邦語では、他に、松本・前掲註6918頁, 小山剛「憲法上の権利」の作法 (第3版) (尚学社, 2016年) 14頁などを参照。

それでも、侵害（Eingriff）の有無を問うこと、特に、現在においてそれを問うことがどのような意味を持っているのかについては、なお明らかではないところがあり、侵害（Eingriff）概念の現代的意義について、簡単に整理することがこの補論の目標である。

侵害（Eingriff）が持っていた一番の役割というのは、根拠規範の要否を判断する基準としてのそれであるが、これがすでに失われたことは、前述のとおりである。もっとも、法律の規律密度の設定や、それとの区別が相対的なものとなる、「正当化」の場面で、伝統的な意味での「侵害」の存在が大きな判断指標となるということがある。これは、複数の権利・法益の競合的侵害の場面<sup>(191)</sup>で、それを正当化における検討要素と扱えば足りるとする見解<sup>(192)</sup>にも繋がっていくということができよう。

そうすると、現在ではむしろ、基本権訴訟の場面における、三段階審査の二段階目が持つ役割が、侵害の主たる役割ということになろう。つまり、①：ある一定の国家に帰属すべき行為・不作為の存在、②：①に起因する、特定の個人に結びついた害悪の発生、③：②と特定の基本権との関係性、帰属が、「侵害」の有無で判断されるのである。もっとも、侵害に先立つ、保護範囲論の段階において、実際には、具体的な事案を考慮して、関係性のありそうな基本権の保護範囲が論じられることを考えれば、③は、むしろ保護範囲論に回収されているというべきであろう<sup>(193)</sup>。そして、このように整理するので

(191) 単なる偶然の可能性は否定できない（なお、以下の引用文献によれば、必ずしも原因が特定されず、複合的な要因による環境損失が問題とされる環境法分野や、本稿の関心がまさに向けられる、GPS 機器を利用した捜査などの包括的監視といった問題が、学界で論じられるきっかけになっているようである）が、I. Kromrey, Belastungskumulation, 2018や、J.C. Heu, Kulminierende Grundrechtseingriffe, 2018という形で、侵害（Eingriff）が競合する場合の扱いをどうするべきか、それ自体では侵害とは言えないような制約を累積的に捉えることによって、侵害として処理できるかといった問題を扱う博士論文が、2018年に続けて出版されていることが注目される。

(192) さしあたり、Kromrey, ebd., S.68とそこに引用される文献を参照。

(193) このことは、我が国において、石川健治（石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法律時報74巻7号（2002年）61頁）が、三段階審査論を基礎に置きつつも、権利侵害を先出しし、憲法上の権利への包摂を後回しにして、国家行為の特定と、一定の権利・法益についての「事実上の損害」の存在の特定（この点については、石川健治「ト

あれば、近時、国家作用の多様化、相対化といったものを前にして、保護範囲論が、保障範囲論へと衣替えされているのではないと言われる<sup>(194)</sup>のは、古典的侵害概念の相対化が、国家作用の多様化を背景に論じられていること<sup>(195)</sup>とまさにパラレルであることがよく理解できる。

こうして、侵害を問うことの意味は、①・②の二つに整理されるが、これら二つは、20世紀終盤からの有力学説がいうように、帰属問題へと解消されるように思われる。つまり、帰属の客体となる害悪の特定（ここでは、害悪と言えだけの強度を持つことの確認も含む<sup>(196)</sup>）と、帰属主体であるべき、国家の行為、不作為との間の、規範的な関連性が追求されなければいけないのである<sup>(197)</sup>。ということは結局、侵害 (Eingriff) の問題というのは、刑法や不法行為法で問題となる、「客観的帰属」が論じられる場なのである。そして、このように考えることで、実は、古典的な侵害概念が、(a)目的志向性 (Finalität), (b)直接性 (Unmittelbarkeit), (c)命令性 (Imperativität), (d)法形式性 (Rechtsförmlichkeit)<sup>(198)</sup>という、これまた古典的、あるいは典型的な行政処分の定義、あるいは、判断基準<sup>(199)</sup>と重なる、属性を「侵害」に要求し

---

ポストとしての権利侵害論」法学教室327号（2007年）53頁も参照）を、保護範囲論の前に行っていることにも——石川自身は、付随的違憲審査が採用され、憲法問題であることが特段訴訟要件としてクローズアップされない日本において、不法行為法や刑法にも見られる、伝統的、基本的な論証の流れに合わせるという目的で、三段階審査の組み替えを行う旨述べているものの——関係しているように思われる。この点については、あわせて、基本権侵害を考える前提として、保護範囲が存在することを強調する、*H. Bethge*, *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL Bd.57, 1998, S.19や、*R. Eckhoff*, *Grundrechtseingriff*, 1992, S.38も参照。

<sup>(194)</sup> 前掲註<sup>(142)</sup>及びそれに対応する本文を参照。

<sup>(195)</sup> Siehe z.B. *Bethge* (Anm. 193), S.13ff.; *B. Weber-Dürler*, *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL Bd.57, 1998, S.75ff.

<sup>(196)</sup> Siehe *Eckhoff* (Anm. 193), S.252ff. その意味では、今日もなお、侵害該当性の検討にあたって、害悪なり制約の強度 (Intensität) が問われるのである。もっとも、ここで問われる強度は、一応の違憲性推定を基礎付けるためのものであり、続く正当化の場面において、害悪、制約の程度が重要かつ詳細な検討対象となるのである。その意味において、侵害 (Eingriff) の競合論において、正当化の場面でのみ論じれば良いとする見解にも繋がる場所がある。

<sup>(197)</sup> Siehe, ebd., S.271.

<sup>(198)</sup> Siehe z.B. *Bethge* (Anm. 193), S.38.

<sup>(199)</sup> もちろん、個別性の要求などずれるところもあるが、概ね要求内容は重なっていると

ていることの意味もよくわかるのである。すなわち、古典的侵害概念が整理された時代にあつて、典型的な国家行為、公権力行使の類型というのは、主として、市民の権利、財産に対して侵襲的な性質を持つ「行政処分」であつた。そして、この「行政処分」こそが、司法審査による統制に服したため、国家、公権力に帰属し、裁判で正当化などを論じるべき対象としての、「侵害」であつた<sup>(200)</sup>。さらに言えば、「行政処分」は、法律の制定を通じて、市民の代表たる議会の同意を得た上で根拠づけなければいけない対象だつた<sup>(201)</sup>のである。つまり、その意味で、「侵害」概念というのは、立憲君主制の名残を残しつつ、法治行政が実定法化された、ヴァイマル期における、法治行政を考えるキー概念であり、結節点として機能していたと整理できるのである。それが、現代の基本法下においては、立憲君主制が終焉を迎えたのはいうまでもなく、社会国家化、実質的法治国化という流れの中で、国家作用が多様化する中で、「侵害」が一手に担ってきた役割は、分割されるか、消滅してしまった。

以上のような理解が許されるのであれば、「侵害」という、歴史的な澱のついた、代理変数を用いるよりも、客観的帰属という問題を前面に出すべきだと考えることも、少なくとも理論的な明晰性という観点から見れば妥当であろう<sup>(202)</sup>。もっとも、客観的帰属論自体について、その具体的内容が明確性に欠けているところがないわけではないので、従来の理念型である、古典的侵害概念を基礎に、そことの相違点、類似点を明確にし、国家に正当化を要求するだけの問題が生じているかどうかを丁寧に論じていくことが結局は必要とされる<sup>(203)</sup>だろうし、基本的には妥当なアプローチということができよう<sup>(204)</sup>。

いって良いだろう。なお、現在における、行政行為、行政処分の定義、判断要素については、例えば、*H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 9 Rn.6ff. S.192ff.などを参照。

<sup>(200)</sup> *Eckhoff* (Anm. 193), S.58f. u. 72ff.

<sup>(201)</sup> さしあたり、拙稿・前掲註(18)113-114頁を参照。

<sup>(202)</sup> あくまで、侵害 (Eingriff) 概念を放棄しないが、客観的帰属を主たる判断要素として位置づけるのが、*Eckhoff* の見解である。Siehe *Eckhoff* (Anm. 193), S.270ff..

<sup>(203)</sup> Siehe z.B. S. *Honegg*, Die Verwendung von staatlicher Verbraucherinformation als Mittel zur Beseitigung informationeller Ungleichgewichte, 2015, S.82f..



そして、逆に言えば、そのような限りにおいて、今日なお、「侵害」の有無を論じる余地と意義があるということになろう。

## 5. おわりに

本稿では、「権利ドグマティック」の可能性、有用性を探るべく、ドイツにおいて、捜査活動を中心とする、国家による情報収集・保存・利用活動に対する規制をめぐる侵害法益論、あるいは権利侵害論がどのように展開されているかを簡潔に検討した。この検討から得られたのは、ドイツにおいては、連邦憲法裁判所が判例によって新たな基本権を創出するなど、「攻めの姿勢」が見受けられ、「権利ドグマティック」がかなり有力に推進されているということであった。もっとも、ここで提示された基本権は、「基本権」とされていることから明らかなように、表面的には、主観的権利の体裁をとっているものの、客観的法としての性格が色濃く、そのことがドイツにおいても、学説からかなり批判的に指摘されている。そして、本稿の見立てによれば、このように、連邦憲法裁判所やそれをリードする学説がおそらく一定の無理を承知で主観的権利侵害の存在を基礎づけようとするのは、基本権侵害の存在を通じて法律による規律の必要性を導こうとしているためではないかとも推測される。本稿では、そのような動機が隠されているのであれば、むしろ、正面から、立法を通じた、情報システム管理、安全保持の必要性を論じるべきではないのかという疑義も呈している。しかし、そういった政治的重要性、あるいは議会の機能適合性の提示も必ずしも明確な基準があるわけではなく、主観的権利という枠組みに馴染んだ裁判所を舞台に論じる場合には特に、なお「権利ドグマティック」の可能性が残されていることは否定できない。そのような観点から、本稿では、結局「権利ドグマティック」の可能性、有

(204) ただし、*Bethge* (Anm. 193), S.40ff. は、事例判断の積み重ねによる発見的手法が、個別事案に引きつけられ、概念構築、画定において妥当性を欠きがちであることを批判的に指摘している。Siehe auch S. *Röhrig*, Religiöse Symbole in staatlichen Einrichtungen als Grundrechtseingriffe, 2017, S.180 u.185.

用性についての最終的な結論を示すことはできず、「権利ドグマティク」を利用することによって、適切な法律による規律のありようを考える基準を提示できているかを検討した後に最終的な判断は持ち越されとした。その意味では、いかにも中途半端な検討にとどまっていることを素直に認めなくてはならない。

また、補論として、現代において、侵害（Eingriff）という概念が持つ意義についても簡単に検討を加えた。ここでは結局、侵害とは、国民にとってある一定の害悪が存在していることを確認した上で、それを国家に帰属させ、ひいては公権力行使の正当性を論じる機会を生じさせるべきかを検討するための場として理解することになった。「権利ドグマティク」との関係においては、「侵害」の対象たる、権利法益の存在を前提として、それに引き続いて検討されるべきものということになる。結局、これも判断構造が明確に設定されているわけではなく、裁判所による実際の運用によってうまく処理されているかを見極めてはじめて、「権利ドグマティク」の可能性、有用性について結論づけることができよう。

以上のように、本稿では、ドイツにおける、権利侵害論の実際について素描し、それが抱える我が国とも類似する問題点を剔出することはできた。そして、それを通じて今後の検討課題も明確にすることができたという意味では、一定の成果を認めることもできないわけではなく、ひとまずここで擱筆することにした。

[付記] 本稿は、JSPS 科研費（課題番号17K13607）の交付を受けて行った研究の成果の一部である。